دكتور محمد شكري سرور
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق جامعة القاهرة

محاولة
لتأصيل أحكام الكفالة العينية

دراسة مقارنة
في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي

١٩٨٧م

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

مقدمة

لم تحظ الكفالة العينية باهتمام الفقه في مصر ، على كثرة ماكتب في التأمينات الشخصية والعينية ٠ فلم نجد من خصص لها دراسة مستقلة ، توضح جميع جوانبها ، وتوءصل خصوصيات أحكامها ٠ وإنما كان الشراح يلمحون إليها، في بعض المواضع ، من حين لآخر ، حين يعرضون لحكم ما في الكفالة أو الرهن ، وذلك قصد إلقاء الضوء ، لاعليها هي ذاتها ، وإنما على هذا الحكم من أحكام هذا النظام أو ذاك ٠

وهكذا بدت احكام الكفالة العينية - أمام من يريد الإحاطة بها - مبعثرة في شتات متناثر ؛ بين أحكام الكفالة والرهن ٠ شتات يقصر عن مواجهة الفكرة في كليتها ، بقدر ما يفتقر إلى الترابط والتسلسل ٠

أما في فرنسا ، فقد لفتت هذه الفكرة انتباه بعض الباحثين القدامى ، الذين رأوها جديرة بالبحث ، فأفردوا لها دراسة مستقلة ، نشرت في أواخر القرن الماضي ٠ لكنها لم تلبث حتى طواها النسيان من جديد ، وظلت على هذا النحو من عدم الاهتمام الفقهي هناك أيضا ، إلى وقت قريب جدا ، حتى عاد الاهتمام بها إلى الظهور في الآونة الاخيرة ، على أثر صدور بعض القوانين التي ساعدت على ذيوع استعمالها : كقانون ١٣ يولية ١٩٦٥ (في شأن النظام المالي للزوجين) ، وقانون ١٦ يوليه ١٩٧١ (في شأن بعض أعمال التشييد)، وقانون ٤ يوليه ١٩٨٠ (المتعلق بالمجال الزراعي) ٠

ولعل مبعث عدم الاهتمام الفقهي بهذة الفكرة ، هو الاعتقاد بأنها ليست - إن جاز هذا التشبيه - إلا حاصل جمع عناصر معروفه تماما ، هي

الكفالة والرهن ، ومن ثم فلن يكون فيها مايُغرى على تكريس دراسة مستقلة خاصة بها ٠

ولماكان هذا الاعتقاد غير واقعي ، في الحقيقة ، إلى حد كبير ، وكانت الكفالة العينية قد ظلت - بسببه - فكرة يكتنفها الكثير من الغموض ، وكان المشرع ، سواء في مصر أم في فرنسا ، قد تجاهل هو الآخر تنظيمها تنظيما خاصا متكاملا (اللهم إلا ذلك القدر الذى سبقت الاشارة إليه من القوانين الفرنسية المنظمة لنواحى معينة) ، في حين أنها نظام أخذ استعماله في الشيوع في الوقت الحاضر ، فقد رأينا اختيار هذا النوع الخاص من التأمينات ، ليكون موضوعا لهذا البحث ٠

تمهيد

فى التعريف بالكفالة العينية[1] ، وأهميتها .

1) الكفالة العينية هى اتفاق ، بموجبه يقدم أحد الأشخاص ، ويقال له الكفيل العينى ، مالا يملكه ، عقارا أو منقولا[2] ، ضمانا لدين على غيره[3] . ووسيلته الفنية لذلك ، هى رهن هذا المال ، رسميا[4] ، أو حيازيا[5] ، لينحصر ، فى القيمة الاقتصادية لهذا المال ، الحد الأقصى لمسئوليته عن هذا الدين .

---

(1) Le cautionnement reél

(2) راجع ، مع ذلك

CHEVALLIER (Jean) et BACH(L): Droit civil 7 éd. 1978 P. 458 . COLIN et CAPITANT avec DE LA MORANDIÈRE : Cours élémentaire de droit civil Français. To. 2 . 8 éd. 1935 P. 813 No 966

حيث يبدو يفهمون الكفالة العينية وكأنها محصورة فى رهن لعقار فقط ، ضمانا لدين على الغير . وفى نفس هذا الفهم راجع أيضا :

MAZEAUD (H, L,j) par CHABAS (F) : Leçons de droit civil To: 3 ' 5 éd. 1977 P. 271 No 262

(3) على أن يلاحظ ، أن الراهن قد يجمع بين صفتى المدين والكفيل العينى ، أنظر فى مثال لذلك حكم نقض (مدنى)١٩٧١/١/١٩ ، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة/٢٢ رقم/١١ ص /٥٢ (حيث كان الأمر يتعلق بشريك فى شركة تضامن ، رهن عقارا يملكه ، ضمانا لعقد فتح الاعتماد الرسمى الذى ابرمه لكفالة الشركة ، وانظر أيضا : د. عبدالناصر توفيق العطار ، التأمينات العينية ١٩٨٠ ص /١٣ هامش / ٢ .

(٤) حين يتعلق الأمر بعقار .

(٥) حين يتعلق الأمر بعقار أو بمنقول .

ويبين من هذا التعريف ، أن الكفالة العينية هي نوع من اتفاقات الضمان (٦) يتم بين الدائن وأجنبي عن الدين. هو الكفيل العيني. حين لا يكون رضاء المدين ركنا في هذا الاتفاق، الذي قد ينعقد دون علمه (٧) ، أو حتى بالرغم من معارضته (٨).

وإن كان ذلك نادر الحدوث ، حقيقة ، في الحياة العملية. فالكفالة - حتى ولو كانت محددة - هي من الأمور ذات الخطورة بالكفيل (٨م) ، بحيث يندر أن يتحمس إليها دون مبرر قوي . حتى لقد شاع القول بأنها " تقوم بداءة على الشهامة التي عادة ما تعقبها الندامة عند رجوع الدائن على الكفيل (٩) ".

٢) ويقدم هذا النوع من الكفالة ، للدائن ، ضمانا قد يكون أقل في حجمه من الضمان الذي تقدمه الكفالة العادية (الشخصية) (١٠) ، هذا حقيقي ، لكنه بالمقابلة - يكون أكثر فاعلية ، بما يخوله له من مزيتي التتبع والأولوية

---

(٦) أو على حد تعبير البعض ، " اتفاقات الوفاء " ، أنظر
GRUA (F) : Le Cautionnement réel. J.C.P 1984 - 1 - doct - 3167

(٧)،(٨) راجع د . محمود جمال الدين ذكي ، التأمينات الشخصية والعينية ، ط/٣ ١٩٧٩ ص/٣١ بند/١١ والفقه المشار إليه فيه هامش/١١، ١٢، وأنظر من تطبيقات القضاء المصري ، نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ ، المجموعة السنة/ ٢٣ (عدد/٣) رقم/٢٣٢ ص /١٤٨٧ .

(٨ مكرر) راجع :
DUPOUY (C) et RESSAYRE (M) : Précis de droit civil. To: 2 éd. 1980 P. 180

(٩) د . حسام الدين كامل الأهواني ، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ج/١ ط/٨٥ -١٩٨٦ ص/٢٣ بند/١٣ نقلا عن قيل ، وبلانيول وريبير وبيكيه

(١٠) حيث يضمن حق الدائن ، في الكفالة الشخصية ذمة الكفيل المالية كلها .

على المال المرهون ضمانا لحقه · فيما يكون الدائن - فى الكفالة الشخصية عُرضة ، على العكس ، " لتقلّب الذمة المالية للكفيل ، ومزاحمة الدائنين الآخرين له " (١١) ·

ومن وجهة نظر الضامن ، بدوره ، يكون هذا النوع من الكفالة أفضل إذ يمكّنه من تقديم معاونته للمدين ، دون أن يعرّض - فى نفس الوقت - للخطر ، سوى أحد عناصر ذمته المالية فقط (١٢)

الكفالة العينية ، والكفالة الشخصية المضمونة برهن(١٣)

٣) ذكرنا أن مسئولية الكفيل العينى لاتتعدى - كحد أقصى - القيمة الاقتصادية للمال المرهون · ويعبر الفقه عن ذلك ، عادة ، بالقول بأن هذا الكفيل لايكون مسئولا شخصيا عن الدين · ويرى فى ذلك ، تقريبا ، فيصل التفرقة بين هذا النوع من الكفالة والكفالة الشخصية التى فيها ، يضمن الكفيل وفاء الدين بذمته المالية كلها ·

غير أن التفرقة بين الكفالتين قد تدق ، فى الفرض الذى تكون الكفالة الشخصية فيه ، هى نفسها ، مضمونة برهن على مال للكفيل · فيحدث فى بعض الأحيان - وبخاصة فى التعامل مع البنوك - أن يستلزم الدائن (البنك)

---

(١١) جُروا ، المقال سابق الإشارة بند /٢ ، وفى نفس المعنى د · محمود جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ص/٢٠ ، ٢١ بند /٥

(١٢) فى هذا المعنى : جُروا ، المقال سابق الاشاره بند /٢ ، ولمزيد من التفاصيل فى مخاطر الكفالة الشخصية ومزايا الكفالة العينية راجع :
CAILLAUD(G) : Cautionnement reél. Thése Poitiers 1987 P. 9 et s No6 , et P. 15 ets No 9et 10

(١٣) أو مايُعرف فى الفقه الفرنسى بـ :
la garantie du cautionnement personnel par une hypothéque ou un gage

الذى لايكون واثقا كثيرا من يسار الكفيل ، أن يقدم هذا الأخير تأمينا عينيا ، تأكيدا (أو ضمانا) لتعهده بالوفاء بدين المدين فى حالة عدم وفاء هذا الأخير به (١٤) .

وفى الحقيقة ، يقترب هذان النظامان إلى حد كبير ، حين لايكون بذمة الكفيل الشخصى المالية ، سوى المال المرهون ضمانا لكفالته ، إذ تكاد النتيجة العملية للكفالتين ، فى هذه الحالة ، تكون واحدة (١٥) .

٤) غير أنه يبقى - مع ذلك - أنه ، فضلا عن الاختلاف بين النظامين فى محل الضمان ، حيث يضمن الرهن - فى الكفالة العينية - الالتزام الأصلى (١٦) ، فيما يضمن - فى الكفالة الشخصية - " الالتزام التبعى " (١٧) ، فإنه - فى الكفالة العينية - يكون بين كل من عنصرى الكفالة والرهن فيها " ارتباط لايقبل الانفصام ، إذ لايوجد أحدهما إلا بوجود الآخر ، بحيث أنه ، إذا ما كان العقد باطلا ، مثلا ، لأى سبب ، ككفالة ، فإنه سيكون كذلك أيضا ،

---

(١٤) ويؤكد البعض أن ذلك كثيرا جدا مايحدث فى التعامل مع البنوك . راجع جُروا بند/ ٣٨ .

(١٥) فالكفيل العينى مسئوليته محصورة فى المال المرهون ، والضمان العام الذى تمثله ذمة الكفيل الشخصى المالية كلها ، لايتعدى هو الآخر المال المرهون . راجع فى هذا المعنى ، وفى أوجه الفصل بين الفرضين ، جُروا بند/٢٩ هامش / ٣٩ ، وانظر فى أمثلة لأحكام قضائية خلطت بينهما :
paris 15/10/1976 j.c.p 1977-2- 18726 et obs. PATARIN (j) .

(١٦) التزام المدين .

(١٧) يقصد مسئولية الكفيل ، راجع كابيو ، الرسالة سابقة الإشارة ص/١٨ ، ١٩ بند / ١٥ .

كرهن ، والعكس بالعكس ."[18] " فالكفالة العينية " لايمكن أن تنحسر عن كفالة فقط ، أو عن مجرد تأمين عينى . إنها لاتكون كذلك (أى كفالة عينية) الا إذا كانت الأمرين معا (كفالة ورهن) ".[19]،[20] أما فى الكفالة الشخصية فإن التأمين العينى الذى يضمنها ، لايشكل معها كلا لايقبل التجزئة لسبب بسيط ، أنها " يمكن أن توجد بدونه ، وهى أيضا تعيش بعده إذا ما أبطل ".[21]،[22] هذا ، بطبيعة الحال ، فضلا عن الاختلاف بين النظامين فى الأثر . الذى يظهر ، إذا لم يختر الكفيل ، فى أى من الفرضين سداد الدين ولم تكن قيمة المال المرهون فى كليهما ، تكفى لتغطيته ، إذ فى الكفالة العينية ، لن يتعدى أثر الكفالة مال الكفيل المحدد الذى قدمه كضمان ، فيما يستطيع الدائن ، فى الفرض الثانى ، أن ينفذ على باقى ذمة المدين المالية ، بما له ، مع غيره من الدائنين ، من حق الضمان العام عليها ، إضافة الى ما كان له من ضمان خاص على المال المرهون ضمانا للكفالة[23] .

---

(18)،(19) جُروا ، المقال السابق بند /42

(20) وعكس ذلك ، استئناف باريس فى 1979/10/29 ، حكم غير منشور ، أُشار إليه جروا بند /42 هامش /57 .

(21) جروا بند / 42 .

(22) وهكذا فإننا ، فى حالة الكفالة العينية ، نكون - على حد وصف البعض - بصدد " تأمين مختلط surêté complexe " ، فيما نكون ، فى فرض الكفالة الشخصيه المضمونة برهن ، بصدد " اختلاط تأمينات un complex de suretés راجع جروا بند 42 .

(23) راجع ، فى هذا المعنى : كايو ، المرجع السابق ص / 18 ، 19 بند / 15 .

الأساس القانوني لمسئولية الكفيل العيني المحدودة (تعدد الاتجاهات)

(أ) فكرة الالتزام العيني : (Propter rem)

٥ وتجد مسئولية الكفيل العيني المحدودة ، أساسها ، في نظر الفقه التقليدي الفرنسي [(٢٤)] ، وجاراه في نفس التصور غالبية الشراح المصريين [(٢٥)] ، فيما يعرف بفكرة الالتزام العيني .

وأنصار هذه الفكرة يطلقون هذا الوصف ، على هذا النوع من الالتزامات ،" لأنها تتركز في عين معينة بالذات ، فتلاحقها أينما ذهبت ، وتفنى بفنائها . وبذلك يتجرد الالتزام من نسبته الى شخص وينتزع وجوده من تعلقه بمال " [(٢٦)] .

وترجع هذه الفكرة ، بأصلها ، إلى التفرقة التقليدية بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية ، فإذا كانت الأخيرة ، على العكس من الأولى ،لايمكن ، من حيث الأصل ، وبحسبانها سلطة مباشرة على شيء ، أن تتضمن إلزام شخص بأداء إيجابي ، وأن كل صلتها بغير من عدا صاحبها من الأشخاص لايعدو أن يكون وجوب احترامهم لها ، فيما لايشكل سوى مجرد واجب سلبي عام يقع عليهم جميعا بعدم الاعتداء عليها ، إلا أن المشرع قد يخرج على هذا الأصل في بعض الاحيان . فعلى سبيل المثال ، يجعل لمالك العقار الحق في

---

(٢٤) اشار لذلك، جروا بند/٢٢ : وانظر في هذا المعنى: مازو (هـ.ل.ج) وشاباس المرجع السابق ص /٢٧١ بند/٢٦٢ .

(٢٥) انظر مثلا : د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج/١٠ ص/٢٠ بند/١١ ، د. حسام الاهواني، المرجع السابق ص / ٥٧٣ بند/٤٦٨ ، وانظر ايضا (وان كانا يستخدمان تعبير "المسئولية العينية") د. محمدعلي إمام التأمينات الشخصية والعينية ص/١٦٧ بند/٩٧، دكتور منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ١٩٦٣ ص/١٥١ بند / ٦٨ ، ويستخدم تعبير " مسئول عن الدين" دون وصف لهذه المسئوليه" دكتور عبدالمنعم البدراوي ، التأمينات العينيه ١٩٧٣ ص/١٩٨ بند/١٤٣

(٢٦) اشار لذلك د. شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات ١٩٦٧ ص/١٨٥ ١٨٦ بند/٧٧ .

مطالبة جاره بتنفيذ بعض الأداءات ، كالمساهمة معه مثلا فى إصلاح أو إعادة إنشاء الحائط المشترك بين ملكيتيهما (٢٧) . ويستخلص أنصار هذه الفكرة من ذلك ، أن الشخص يمكن ، فى تصور المشرع نفسه ، أن يكون ملتزما ، دون ما عقدٍ أبرمه ، أو فعل غير مشروع ارتكبه ، وإنما فقط بسبب ، أو لمجرد ، أنه صاحب حق عينى ، وفى حدود قيمة هذا الحق ، فيما يمكن أن يوصف - لذلك - بأنه التزام عينى . وهو ماينطبق ، فى نظرهم ، على التزام الكفيل العينى ، الذى ينحصر ، بدوره ، فى العين المرهونة ، ويخول الدائن حق تتبعها تحت أى يد تكون ، والذى ينقضى ، بدوره ، إما بأدائه أو بالتخلى للدائن عن هذه العين (٢٨) .

٦) بل إنه ، فى توضيح أكثر جرأة ، لم يتردد بعض أنصار هذا التصور - مستلهما فكرته ، على مايبدو ، من الأحكام الخاصة بحقوق الإرتفاق (٢٩) - فى القول بأنه ، فى حالة الكفالة العينية ، الشىء المقدم لضمان الدين هو الذى يقع عليه الواجب ، وليس مالك هذا الشىء (٣٠) ويؤكد أنه ، عندما يكون

---

(٢٧) مادة/١/٦٥٥ مدنى فرنسى ، م/٨١٤ - ٢ مدنى مصرى .

(٢٨) راجع ، فى عرض أوفى لهذه الفكرة ، جروا بند/٢٤ ،
AUBRY(A) et RAU(C) par BARTIN : cours de droit civil Français 6 éd. To: 4 § 299 P. 57

(٢٩) أشار لذلك ، جروا بند / ٢٢

(٣٠) ويعبر عن هذا التصور بالقول بأن
"C'est la chose donnée en garantie qui doit, et non son propriétaire"
أشار لذلك : جروا بند / ٢٢ ، وراجع ، فى مفهوم آخر لفكرة ان" الشىء هو هو الذى يجب عليه " DABIN(j): une nouvelle definition du droit reél. Rev. trim. 1962 P. 41
حيث يؤكد أن الأشياء " لايمكن أن تكون مسئولة بدين أو التزام" وهو يفهم دين الشىء فى معنى" العبء الذى يثقله" أى ماتتعرض له الملكية عليه من" بتر ، كبير أو صغير فى حجمه ، طويل أو قصير فى مدته " وما التزام مالك هذا الشىء ، كجميع الاشخاص فى المجتمع ، باحترام هذا العبء ، الا النتيجة الضرورية لسبق وجوده على ماله ، ومايقابله من حق لمن ترتب لمصلحته .

مال ما ، قد أثقل برهن ، ضمانا لدين الغير ، فإن الكفيل الحقيقى يكون هو هذا المال [(٣١)] . فهذا الأخير هو " الملتزم بأن يفى بالدين فى حالة عدم وفاء المدين به " [(٣٢)] ، وهو الذى " يضمن هذا الدين بكل قيمته ، تماما كالكفيل الحقيقى (أى الشخصى) يضمن تعهده بكل ثروته " [(٣٣)] كل ما فى الأمر أنه "ينبغى أن يكون لهذا المال ممثل ، يمكنه من أن يرتضى هذا الالتزام ، ويمكّن للدائن من اقتضاء الدين فى مواجهته . وهذا الممثل هو الكفيل العينى " [(٣٤)] .

٧) ولانظن أنه يبتعد كثيرا عن التصورات السابقة ، مايقول به البعض فى مصر من أن الكفيل العينى يكون مسئولا " مسئولية عينية " [(٣٥)] ، نشأت " بسبب قيامه برهن مال من أمواله ضمانا للدين " [(٣٦)] فهو إذن يتحمل هذه المسئولية "بسبب" [(٣٧)] هذا " المال" [(٣٨)] وفى حدوده فقط [(٣٩)] .

(ب) فكرة إزدواجية الالتزام (٤٠) فى عنصرى مديونية ومسئولية

٨) غير أن فكرة الالتزام العينى ، التى حظيت بالاحترام لفترة طويلة من الزمن ، أصبحت ـ كتفسير لمسئولية الكفيل العينى المحدودة ـ تتعرض ، فى الوقت الحاضر ، للنقد الشديد [(٤١)] .

---

(٣١) الى (٣٤) كابو ، المرجع السابق ص/٢٩ بند/ ١٦ : وانظر ايضا ، نفس المؤلف ص/١٣ بند /٨

(٣٥) الى (٣٩) د . محمد على إمام ، المرجع السابق ص /١٦٧ بند/ ٩٧ .

(٤٠) La théorie dualiste de l'obligation

(٤١) وتجدر الاشارة ، ابتداء ، إلى أن هذه الفكرة لم تكن ، فى الحقيقة ، قد ظهرت من أجل الكفالة العينية . ويعتبر البعض ، من الأمور ذات المغزى ، أن مبتكريها أنفسهم لم يذكروا هذا العقد ، على الاطلاق ، ضمن ما مثّلوا به لها .
راجع : جُروا بند/ ٢٥ .

٩) وقد كان الفقيه الفرنسي جُرُوا ، من أشد المعارضين لها • وخلاصة ما أخذه عليها :-

١- أن التعبير " التزام عينى " هو " تعبير غير علمى "[٤٢] ، لأن الأشخاص هى ، وحدها ، التى يمكن أن تفرض عليها الواجبات[٤٣] •

٢- أن مسئولية الكفيل العينى – إن جاز القول بأنه يتحمل التزاما – لاتكون كما يزعم أنصار هذه الفكرة ، بسبب المال الذى قدّمه ضمانا لدين الغير ، وإنما بسبب العقد الذى أبرمه مع الدائن • ولايعدو هذا المال أن يكون سوى " حد " • تعهد هذا الكفيل ، ووسيلة الوفاء بهذا التعهد[٤٤] • ولذلك ، فإن قياس الكفالة العينية على ما قد يكون الجار ملتزما به فى مواجهة جاره ، كما فعل أنصار هذه الفكرة ، هو قياس مع الفارق ، لأن هذا الالتزام لايجد مصدره ، كالكفالة ، فى عقد مبرم بين هذين الجارين ، وإنما فى نص القانون •

٣- أنه من الصعب التسليم ، بذلك الربط الدائم ، الذى يقول به أنصار هذه الفكرة ، بين حقوق الدائن ، فى الكفالة العينية ، والشيء الذى ترد عليه

---

(٤٢) ،(٤٣) أو على حد تعبيره :
" car une chose n'est pas sujet de droit" N° 22

وانظر فى نفس المعنى : د • شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص/١٨٦ ، بند/٧٧ حيث يرى أن نظرية الالتزام العينى" تحمل إسما يتضمن تعارضا ظاهرا ، إذ عبارة الالتزام تقتضى حتما إسناده الى شخص يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء به "
وانظر ايضا ، فى معنى أنه ، حتى فى الارتفاقات ، فإن هذه الاخيره تقع على مالك العقار المرتفق به : جروا بند/٢٢ : وكذلك
H.CAPITANT: Des obligations de voisinage. Rev. Crit. 1900 P. 162

(٤٤) جروا بند/٢٥

هذه الكفالة . ذلك أن مايعني الدائن لايكون في الحقيقة هو هذا الشيء ، وانما قيمته المالية ، وماحقوقه على هذا الشيء إلا مجرد وسيلة لتمكينه من استيفاء دينه من هذه القيمة . ومن ثم يكون الأولى من القول بأن الكفيل يكون مسئولا بسبب الشيء ، القول بأن الشيء يكون مهددا بسبب التزام الكفيل (٤٥) .

١٠) وفضلا عن هذه الانتقادات ، فإن جروا يشك - أصلا - في أن يكون الكفيل العيني " ملتزما " بالدين تجاه الدائن ، حتى ولو في حدود قيمة هذا الشيء ، وحجته في ذلك أنه غير ملزم قانونا بسداده ، حيث يمكنه أن يكتفي بترك الشيء لينفذ عليه الدائن بحقه . والأمور الاختيارية على هذا النحو لاتشكل التزاما حقيقيا (٤٦) .

وفي سبيل التأكيد على صحة هذا الشك ، يتساءل جروا ، من أين أتى الكفيل مثل هذا الدين ، إذا كان الفرض أنه ليس هو الذى أنشأه ، ولا كان هذا الدين قد انتقل إليه . ويجيب ، إنه لايمكن أن يكون ما يتحمله الكفيل هو التزام المدين ، لأنه ، دون انتقال للالتزام ، لايمكن أن يلزم الشخص إلا نفسه ، ولايتصور أن يكون ملتزما بدين غيره . كما لايمكن أن يكون هو دين خاص به نتج عن العقد الذى أبرمه مع الدائن ، لأن الكفالة العينية لاتنشىء ثمة دين جديد ، وإلا وجد الدائن نفسه على رأس حقين (٤٧) " وهذا غيرصحيح .

---

(٤٥) "C'est moins la caution qui est engagée á raison de la chose que la chose qui est menacée á raison de l'obligation de la caution " .GRUA No 25

(٤٦) " or ce n'est pas une véritable obligation que cell qui est Facultative" GRUA No 27 ,

وأنظر في نفس المعنى أيضا : دابان(ج) المقال سابق الإشارة ، ص / ٤٠

(٤٧) جروا بند / ٢٧ .

وهكذا يخلص إلى أنه ليس هناك فى الحقيقه إلا التزاما واحدا ، هو الالتزام الذى يقع على المدين . أما ما يتحمله الكفيل العينى فهو أمر آخر تماما .

١١) وفى محاولة لتحديد هذا الأمر الآخر ، يوضح جروا أن الدين ، فى الكفالة العينية ، اذا لم يكن هو حقيقة دين الكفيل ، إلا أن هذا الأخير يضمنه . وشخصه يكون فى كل الأحوال مشتركا ، أو على حد تعبيره -"متورطا " فى العملية . ومن ثم يكون من المبالغ فيه القول بأن حقوق الدائن" يضطلع بها المال وحده"(٤٨) . ذلك أن تحليل أى نوع من التأمينات يظهر أن الشخص الذى يقدمها " يعانى إجبارا ، يرغمه على أن يسدد "(٤٩) الدين الذى تضمنه . فهذه التأمينات ، ليست فى النهاية إلا وسيلة ضغط على الشخص لقهره على الوفاء . لأن مايهم الدائن ليس هو التسلط على المال محلها ، بقدر ماهو استيفاء دينه . وهكذا فإن الدائن - فى الكفالة العينية لايكون له فقط مجرد حق مباشر على الشيء ، وإنما " تزدوج مع هذا الحق رابطة قانونية بينه والكفيل العينى ، تمكنه من ممارسة سلطان على شخصه .(٥٠) هذه الرابطة تبدو " فريدة فى نوعها "(٥١) " فالكفيل تعاقد ، لكنه لم يلتزم . وهو غير ملتزم ، لكنه يوجد تحت سلطان الدائن "(٥٢) .

١٢) وليس من شأن فكرة الالتزام العينى أن تحسن ، فى نظر جروا ، تفسير هذه الرابطه الفريدة ، مادام ليس هناك من دين خاص يتحمله الكفيل . إنما الذى يحسن تفسيرها عنده ، هو النظرية الازدواجية للالتزام(٥٣) . تلك التى تقوم

---

(٤٨) " sont confinés sur le bien " No 27

(٤٩) ـ (٥٢) جروا بند / ٢٧

(٥٣) وبعض الشراح المصريين ، من نفس هذا الرأى أيضا . راجع : د . شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص / ١٨٦ بند / ٧٧ .

على التمييز ، أو الفصل ، في هذا الأخير ، بين : الواجب القانوني بتنفيذ أداءٍ ما ، أو مايسمى بعنصر المديونية ، وبين سلطة الجبر أو القهر[(٥٤)] ، أو مايسمى بعنصر المسئولية . والكفالة العينية هي أحد الامثلة على هذا[(٥٥)] التمييز أو الفصل . فالكفيل العيني " يعاني قهرا ، دون أن يوجد على رأسه دين . فهو ليس ملتزما بدين شخص آخر ، وانما هو مجبر من أجل دين على آخر "[(٥٦)] .

١٢) وهكذا ينتهي جروا من هذا التحليل ، إلى نتيجه هامة ، وهي أنه ليس هناك كبير فرق بين مركز الكفيل العيني ، ومركز الكفيل

---

(٥٤) التي تمكن للدائن ، في حالة عدم الوفاء الاختياري بهذا الواجب ، من الحصول على تنفيذه جبرا .

(٥٥) راجع في هذه النظرية :

MARTY(G) et RAYNAUD(P) : Droit civil. To. 2 (1-Vol)1962 p. 8 ets No 2 bis , CARBONNIER (j) Droit civil T.4 1969 P. 447 No 122

، د . عبدالمنعم فرج الصدة ـ مصادر الالتزام ١٩٦٩ ص/١٧ بند/١١ .

(٥٦) جروا بند/٢٧ ، ويقترب د . سمير عبدالسيد تناغو (الذى يقول ان الكفيل العيني " ليس مدينا راهنا لأنه لايرهن مالا ضمانا للوفاء بدينه، ولكنه كفيل راهن ") التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٥ ص/١٨ بند/٥، وقارن د . شمس الدين الوكيل ص /١٨٦ بند/٧٧ الذى ـ مع استعانته ايضا في تأصيل مركز الكفيل العيني ، بعنصرى المديونية والمسئولية في الالتزام ينتهي إلى أن الكفيل العيني " تتوافر فيه صفة المديونية ، في مواجهة الدائن المرتهن، ولكنه يحدد المسئولية عنها، في نطاق القيمة الاقتصادية للضمان المخصص للوفاء " وهو يصل الى هذه النتيجة من بداية ، مفادها أن " كل التزام تتوافر فيه المديونية، مع أن ذلك لا يقتضي حتما توافر مسئولية مطلقة عن أداء الالتزام بل يجوز الحد من هذه المسئولية، وليس في القواعد العامة مايمنع مثل هذا الاتفاق .

الشخصي[57] • فكل منهما ، يكون خاضعا لجبر (أو قهر) دون واجب "[58] • وينحصر الفارق بينهما ، في أن قهر الأول يكون بواسطة تأمين عيني ، فيما يكون قهر الثاني بواسطة حق الضمان العام • وشخص كل منهما يكون دائما مشتركا (أو متورطا) في العملية "[59] • فقط ، الطريقة ، أو الوسيلة الفنية لهذا الاشتراك ، هي التي تختلف • لكن" اختلاف طبيعة التأمين المعطى ، لاتوءثر بعمق في طبيعة حق الدائن "[60] • ففي كل من الكفالتين يكون المرء إزاء سلطة قهر ، ثابتة لدائن ، في مواجهة شخص ، لايتحمّل بدين -[61]

خطة البحث ، تقسيم :

إن وجود كل من جهتي الكفالة والرهن ، في كفالتنا موضوع البحث ، يجعل أولى الخطوات إلى كشف خصوصيات أحكامها ، هو وضعها تحت منظار كل منهما على استقلال ، لبيان إلى أي مدًى يمكن أن تستجيب للأحكام المتعلقة به وسوف تخصص لذلك الفصل الأول من هذا البحث •

غير أن هذه الخطوة وحدها ستكون قاصرة في الحقيقة عن استجلاء كل غموض هذه الفكرة • وفيها تجاهل لحقيقة تلك الطبيعة المركبة لهذا

---

(57)،(58) وهو يعتقد أن المادة / 2011 مدني ، توءيده في هذه الفكرة ، حين قضت بأن : من كفل التزاما ، فانه يكون عُرضة (أو خاضعا) في مواجهة الدائن (se soumet envers le créancier) للوفاء به ، إذا لم يف به المدين نفسه " •

أما المادة / 772 مدني مصري ، فإن صياغتها لاتعبر - حقيقة - بوضوح في معنى هذا الخضوع • فهي تكتفي بالقول بأن " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه "

(59)ـ (61) جروا بند / 28

النوع من الكفالة ، التى تبدو أشبه بالثمرة الهجين ، التى يساهم فى تكوينها عناصر مختلفة : هى الكفالة كتامين شخصى ، والرهن كتامين عينى .

ولما كان لكل من نوعى التأمينات هذين أحكامه الخاصة به التى تتفق وطبيعته ، والتى قد تكون متعارضة ، ولو فى جانب منها ، مع أحكام النوع الآخر ، كان من الضرورى أن تأتى الخطوة الثانية ، والأكثر صعوبة بحق ، وهى ضرورة مواجهة نظامنا هذا المركب ، من خلال نظرة مزدوجة ، متزامنة ومقربة ، لأحكام كل من الرهن والكفالة معا . وهو ماسنخصص له الفصل الثانى من هذا البحث .

على أن هناك ملاحظة يجدر التنويه بها ، قبل الخوض فى تفاصيل هذه الدراسة ، وهى أننا لن نتوقف طويلا بالدرس والتحليل ، عند كل مايعتبر من أحكام الكفالة العينية ، مجرد تطبيق محض لأحكام الرهن أو أحكام الكفالة الشخصية ، إذ الهدف من هذا البحث هو إبراز مايخص كفالتنا موضوعه ، من الأفكار والأحكام التى تمليها طبيعتها الخاصة .

الفصل الأول

أحكام الكفالة العينية

من خلال النظرة للأحكام المتعلقة بكل من الرهن والكفالة على استقلال

- تقسيم

نوزع الدراسة فى هذا الفصل على مبحثين ، على النحو التالى :

المبحث الأول

مدى خضوع الكفالة العينية للأحكام المتعلقة بالرهن

- تمهيد :

ضرورة التمييز فى النصوص المتعلقة بالرهن بين ما يواجه منها الراهن بصفته مجرد منشىء للضمان وما يواجهه منها بصفته مديناً أيضاً ،

تقسيم :

١٤) إذا كان المشرع - سواء فى مصر أم فرنسا - قد نظم ، حقيقة ، أحكام الرهن الرسمي والحيازى ، مفترضا أصلا أن الراهن هو المدين [(١)] ، إلا أن هذه

(١) وإن أشار كل منهما ، عرضا ، إلى جواز أن يكون الراهن شخصا غير المدين (انظر م/١٠٣٢-١ مدنى مصرى ، فى الرهن الرسمي ، م/١٠٩٦ فى الرهن الحيازى ، وانظر م/٢٠٧٧ مدنى فرنسى فى الرهن الحيازى) : وانظر ، فى مصر ، بعض النصوص المتفرقة، التى عرض فيها المشرع لبعض احكام هذا الفرض ، وهى (م/١٠٤٢-٢، م/١٠٥٠، م/١٠٥١-٢)٠
وحتى فى القوانين الفرنسية الأكثر حداثة ، كمرسوم أول مارس ١٩٦٧ فى شأن الحجز على العقارات ، وقانون ١٥ يونيه ١٩٧٦ فى شأن بعض فروض حوالة الحقوق ، لم يتبصر المشرع الفرنسى الغرض محل البحث، حيث يكون الضمان مقدما من شخص غير المدين ٠ أشار لذلك جروا ، بند/٨ وهامش / ٠٠٦

الحقيقة لاتحول دون تصوّر مبدأ إمكان خضوع علاقة الدائن بالكفيل العينى لقانون الرهن بنوعيه ، حيث تستجيب هذه الامكانية ، في الواقع ، لإرادة الطرفين المشتركة :

فمن ناحيه الدائن ، لايعنيه ، بداهة ، شخص مقدّم الضمان ، بقدر مايعنيه الضمان نفسه • ومن ثم فإنه سيقبل بسهولة ، الرهن المقدم من جانب الكفيل مادام أنه سيخوله ، أصلاً ، نفس الحقوق ، ويكفل له نفس الضمانات التي كان ايجدها ، قانونا ، لو أن هذا الرهن كان معقودا على مال المدين •

والكفيل - بدوره - حينما قدّم باختياره ، رهنا على مال محدد من أمواله قصْد تقوية ائتمان المدين ، لم يقصد ، فى الواقع ، الانتقاص من حقوق الدائن الدائن هذه ، القانونية ، أو ضماناته ، وإلا كانت الخدمة التى يسديها ، للمدين خدمة ناقصة •

١٥) وهكذا فإن التفسير المعقول لإرادة المتعاقدين (الدائن والكفيل العينى) ينتهى إلى القول بأنهما قد قصدا أن تخضع علاقتهما لقانون الرهن ، الرسمى أو الحيازى ، على حسب الأحوال •

لكن ، هل لكلّ أحكام هذا القانون أو ذاك ؟ بالطبع لا ، لأن هناك فارقا هاما لايصح إغفاله ، بين مركز الكفيل العينى ومركز المدين • إنكلا منهما يشترك فى صفة أنه منْشيء لضمان ، هذا صحيح ، لكن صفة المديونية لاتثبت إلا للمدين وحده •

لذا - فإنه ، فى البحث عما إذا كان نص ما فى قانون الرهن الرسمى أو الحيازى ، ينطبق على الكفيل العينى أم لا ، يتعين إخضاعه للتحليل

التالى : هل قصد المشرع به ، أن يواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنية بحسبانه مجرد منشئ للضمان ، أم قصد أن يواجهه بحسبانه مدينا أيضا. وفى الحالة الأولى فقط ، يمكن أن ينطبق هذا النص على الكفيل العينى .

ونفصل فيما يلى ، ما أجملناه ، موزعين الدراسة فى هذا البحث على ثلاثة مطالب على النحو التالى :-

المطلب الأول

أحكام الرهن التى تواجه الطرف السلبي فى العلاقة الرهنية بحسبانه مجرّد منشىء ضمان

إمكان انطباق هذه الأحكام على الكفيل العينى ، أمثلة :

١٦) أشرنا إلى أن أحكام الرهن ، التى تواجه الطرف السلبى فى العلاقه الرهنية بحسبانه مجرد منشئ ضمان ، يمكن أن تنطبق على الكفيل العينى حيث تثبت له ، بدوره ، هذه الصفة . ولذلك :-

أ - الكفيل العينى ، وسلطات المالك الراهن :

١٧) يجوز للكفيل العينى ، حين تتم هذه الكفالة بواسطة رهن رسمى " أن يتصرف فى العقار المرهون ، وأى تصرف يصدر منه لايؤثر فى حق الدائن المرتهن "(٢). كما أن له - بداهة - والفرض أنه لايزال مالكا " للعقار المثقل بالرهن ، أن يباشر على هذا العقار ، مظاهر الأعمال القانونية الأخرى التى تدخل فى ممارسة حق الملكية : كأن يثقله ، مثلا ، برهن آخر(٣) . كذلك يكون له

(٢) م/١٠٤٣ مدنى مصرى

(٣) فى هذا المعنى : كابو ، المرجع السابق ص ١٣/ ب د. / ٥١

" الحق في إدارة العقار المرهون ، وفي قبض ثماره ، إلى وقت التحاقها بالعقار (٤) .

ب ـ الكفيل العيني ، وسلامة الرهن :

١٨) يلتزم الكفيل العيني ، كالمدين الراهن ، " بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا . وله في حالة الاستعجال أن يتخذ مايلزم من الوسائل التحفظية ، وأن يرجع على " (٥) الكفيل العيني " بما ينفق في ذلك " (٦) .

جـ ـ الكفالة العينية ، والأجل الممنوح للمدين الاصلي :

١٩) ويرى البعض في الفقه الفرنسي، إمكان تطبيق نص المادة / ١١٨٨ مدني على الكفالة العينية ، فيما يقضي به هذا النص من سقوط للأجل ، حين يكون " المدين " قد تسبب ـ بفعله ـ في إضعاف ما كان قد قدمه ، بموجب عقده مع الدائن ، من تأمينات ، حيث أن لفظة " المدين " التي استخدمها المشرع في هذا النص ، يجب ـ عنده ـ ألا تؤخذ بمعناها الحرفي ، وإنما فقط بمعنى مُنشئ الضمان . وينتهي من ذلك ، مؤكدا ، أن الاجل سوف يسقط ، بالنسبة للمدين ، في هذا النوع من الكفالة ، حينما يكون " الكفيل هو الذي أضعف

---

(٤) م/١٠٤٤ مدني مصري
(٥) ،(٦) م/١٠٤٧ مدني مصري، وانظر أيضا نص المادة/١١٠١ في حالة الرهن الحيازي وانظر في نفس المعنى ، وفي مثال لهذا الالتزام بالضمان ، كابو المرجع السابق ص /٦٢ بند / ٥٢ ـ

ـ بفعله ـ التأمين " الذى قدمه على ماله (٧) ٠

وقد لايكون فيهذا الاستخلاص كبير ظلم ، ولانقول ثمة ظلم ، حين تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين ، أو من باب أولى، كان هو الذى استحث تدخل الكفيل خدمة له ، حتى يستطيع أن يحصل على الأجل من الدائن ٠

إنما يبدو وجه الظلم ، على العكس ، أوضح ، حين تكون هذه الكفالة قد تمت دون علم هذا المدين ، أو بالرغم من معارضته ، أو من باب أولى، كانت قد تمت لمصلحة الدائن وحده (٨) إذ فى هذه الحالات ، يتحمل المدين تبعة عمل ، ليس فقط لايد له فيه ، إنما تم بالفرض من جانب شخص لم يطلب منه هذا المدين ، أن يتدخل إلى جانبه ٠

وربما كان ليتصور ، عند ئذ ، أن يكون الحل الأعدل ، هو قصر هذا السقوط ، أو بعبارة أخرى ، حصره ، فى علاقة الدائن بالكفيل ، ليبقى الأجل قائما بالنسبة للمدين ، لولا أن هذا الحل ، دونه ، مبدأ عدم جواز الكفالة " بشروط أشد من شروط الدين المكفول " (٩) ، أو بعبارة أخرى ، عدم جواز أن يتجاوز التزام الكفيل ، ولو فى وصفه ، التزام المدين ، وذلك

---

(٧) "le débiteur se trouve encore déchu du terme lorsque C'est la caution, qui, par son Fait, diminue la sureté" . GRUA No 11

وانظر أيضا ، فى نفس المعنى :

DAGOT(M) :La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire. j.c.p 1975-1- doct- 2693

(٨) كأن تكون قد أبرمت ، بعد نشوء الدين ، لتأمين الدائن ، دون أية فائدة للمدين" ٠ د ٠ محمود جمال الدين زكى ص / ١٣٠ بند / ٦٠٧ ٠

(٩) م/ ٧٨٠-١ مدنى مصرى/ ويقابلها فى فرنسا م/٢٠١٣ ـ ١

بناء على الخصيصة التبعية لعقد الكفالة (١٠)

د ـ الكفالة العينية برهن حيازى ، والمصروفات التي ينفقها الدائن على المال المرهـــون :

٢٠) تُلزم الماده / ٢٠٨٠ ـ ٢ مدنى فرنسي المدين ، في الرهن الحيازى ، بأن يدفع للدائن المرتهن " المصروفات النافعة والضرورية ، التي انفقها هـــذا الأخير ، من أجل المحافظة على المال المرهون " ٠

ويسلم الفقه المصرى بنفس الحكم أيضا ، تطبيقا للقواعد العامة نفسها رغم عدم تضمن المجموعة المدنية المصرية لنص مشابه (١١) ٠

ويطبق البعض في فرنسا ، حكم هذا النص ، على الكفيل العيني ، مادام

---

(١٠) راجع ، في عدم إمكان أن يتجاوز التزام الكفيل ، الالتزام الأصلي ، في وصفـــه وتطبيق هذا المبدأ على الأجل كوصف للالتزام ، مازو (هـ٠ل٠جـ) وشاباس ، المرجع السابق ص/ ٢٠ بند/ ١٣ دكتور / محمود جمال الدين ذكي بند/ ٤١ ، ص/ ٧٣ ، وانظر في هذا المبدأ بوجه عام ٠

LAURENT(F): principes de droit civil Francais. To: 28 P. 170 No161 , BAUDRY- LACANTINERIE et WAHL: Traité théorique et pratique de droit civil T. 21 p. 471 et s No 964 , DUPOUY et BESSAYRE: précis de droit civil. To 2 éd. 1980 P. 180.

وراجع ، في تأكيد بانطباق هذا المبدأ على الكفالة العينية ، كابـــو ، المرجع السابق ص / ٣٥ بند / ٢٥ ٠

(١١) راجع مثلا ، د٠ محمود جمال الدين ذكي ص/ ٣٩٩ بند / ٢٥٥ ، وهو يجعل ، أخذا من آخرين (هم : بلانيول وريبير ، بودري لاكانتينري و ...... أشار اليهم في هامش / ١) حق الدائن ، في الرجوع ، في حالة المصروفات النافعة ، في حدود ما نشأ عن هذه المصروفات من زيادة في قيمـــة المال المرهون ٠

أن العلاقة الرهنية ، في هذا الغرض ، تكون بين الدائن الذى أنفق هذه المصروفات وهذا الكفيل ، وليس المدين • بل إن هذه العلاقة قد تكون دون علم هذا الأخير • فقط يرى أن للكفيل العيني بمقتضى المادة ٢٠٢٨/ مدني أن يرجع بهذه المصروفات ، بدوره ، على المدين • بما يعنى أن هذا الأخير " هو الذى سوف يتحمل في النهاية هذه المصروفات " (١٢) •

ونحن نعتقد أن القول برجوع الكفيل على المدين ، بهذا النوع من المصروفات ، محل نظر • وأنه يستند إلى تفسير خاطئ لمفهوم المصروفات التى يجوز للكفيل أن يرجع بها على المدين ، طبقا للمادة ٢٠٢٨/ ـ ٢ مدني فرنسي التى تم الاستناد إليها (١٣) • فالمصروفات ، في معنى هذه المادة ليس يُقصد بها ، في اعتقادنا ، الأموال التى ينفقها الدائن ، أو الكفيل ، على أى نحو ، بمناسبة الكفالة ، وإنما يلزم ، فيما نعتقد ، أن تكون قد أُنفقت بسببها (١٤) ، بما يبرر ـ حتى عدالة ـ الرجوع بها على المدين وهو ما لايتحقق في الغرض محل البحث ، حيث أُنفقت هذه المصروفات على مال يخص الكفيل العيني ، ومن أجل المحافظة على هذا المال • وقد كان الكفيل سيدفعها ، على أية حال ، حتى ولو لم يكن قد تقدم كفيلا به ، وذلك

---

(١٢) كابو ، المرجع السابق ص / ٥٢ بند / ٤١ ، وقارن ـ مع ذلك ـ تحديده لمفهوم المصروفات في معنى المادة / ٢٠٢٨ ـ ٢ ، ص / ٨٤ بند / ٦٦ •

(١٣) ويقابلها في مصر نص المادة / ٨٠٠ ـ ٢ الذى يجرى على نفس النسق •

(١٤) وهو مايعبر عنه البعض بأنها ، قد أُنفقت " نتيجة للكفالة " راجع ، د • محمود جمال الدين زكى ص / ١٣٢ بند / ٦٧ ، وانظر ايضا : لوران ، المرجع السابق ج / ٢٨ ص / ٢٤٥ ومابعدها بند / ٢٣٤ ، بودرى لاكانتينرى وڤال ، المرجع السابق ص / ٥٢٣ ومابعدها بند / ١٠٨١ •

حفاظا على ماله هذا ، أي لمصلحة نفسه ، بما لايمكن معه القول - بدقة - بأن المدين هو الذى تسبب فيها ، أو أنها قد أُنفقت بسبب الكفالة . يستوى فى هذا الذى نقول به ، أن تكون إضافة هذه المصروفات إلى أصل الدين المكفول قد جعلت إجمالى حق الدائن يجاوز قيمة المال المرهون ، أم بقى هذا الإجمالى معها ، أقل من هذه القيمة . إذ فى الفرض الأول ، لن يكون الكفيل مسئولا إلا فى حدود القيمة الاقتصادية لماله المرهون ، وفى الفرض الثانى تكون هذه المصروفات قد أُنفقت لمصلحته (١٥) .

هـ - الكفالة العينية برهن حيازى ، والتزامات الدائن المرتهن :

٢١) وحين تكون الكفالة العينية قد تمت بطريق الرهن الحيازى ، يكون على الدائن الذى تسلم الشيء المرهون المملوك للكفيل العينى ، أيضا ، أن يحافظ عليه ، وأن " يبذل فى حفظه وصيانته ، من العناية ، مايبذله الشخص المعتاد " (١٦) . ويكون مسئولا ، فى مواجهته " عن هلاك " (١٧) هذا الشيء " أو تلفه ، مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه (١٨) . ويكون عليه - عند البعض من الشراح - دفع الضرائب والرسوم المفروضة على الشيء ،

---

١٥) راجع ، بوجه عام ، فى مفهوم المصروفات التى يمكن أن يرجع بها الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية : لوران ، المرجع السابق ج/٢٨ ص /٢٤٥ بند / ٢٣٤ ، بودرى لاكانتينوى وڤال ، المرجع السابق ص/٥٢٣ ومابعدها بند / ١٠٨٠ د . السنهورى ص/١٧٥ بند / ٦٣ د . محمد كامل مرسى ص/ ١٢٠ ومابعدها بند / ١٠٥ .

(١٦) الى (١٨) م/١١٠٣ مدنى مصرى ، ويقابلها فى فرنسا نص المادة/ ٢٠٨٠-١ مدنى ، وإن كان النص المصرى يجعل من التزام الدائن بسلامة الشيء المرهون التزاما بنتيجة " هى أن يظل هذا الشيء فى حيازته ، بالحالة التى كان عليها وقت أن تسلمه " راجع د . محمود جمال الدين ذكى ص/٤٠٢ بند /٢٥٨ ، فيما يكون هذا الالتزام فى النص الفرنسى ، مجرد التزام ببذل عناية وهو مايستتبع ألا يكون الدائن مسئولا ، إلا إذا ثبت إهماله فى المحافظة على الشيء . راجع فى هذا المعنى ، ضمنا ، كابو ص / ٥٤ ، ٥٥ بند /٤٣ .

بحسبان ذلك ، مما يدخل فى أعمال الصيانة (١٩) كما أن عليه ، وهو يتولى إدارة هذا الشيء ، أن يبذل فى ذلك من العناية مايبذله الرجل المعتاد . وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء" (٢٠) الكفيل العينى " ويجب عليه أن يبادر بإخطار (٢١) هذا الاخير " عند كل أمر يقتضى تدخله " (٢٢) .

ويرى البعض فى الفقه الفرنسى ، أنه يجوز للكفيل العينى ، إذا ما أساء الدائن إدارة ماله المرهون ، أن يجبره - قضاء - بمقتضى المادة/٢٠٨٢-١ على رده له (٢٣) .

و - الكفالة العينية ، والخاصية التبعية للرهن :

٢٢) وأخيرا ، تحتفظ الكفالة العينية ، أيضا بما للرهن من خاصية تبعية . ومن ثم فإنها تزول ، إذا انقضى الدين المضمون ، وعلى الأخص إذا كان هذا الانقضاء بتجديده عن طريق تغيير المدين فيه . وقد حرص المشرع المصرى ، على النص فى المادة / ٣٥٨ مدنى ، على أن " الكفالة ، عينية كانت أو شخصية .. " لاتنتقل إلى الالتزام الجديد ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء (٢٤) .

---

(١٩) فى هذا المعنى دكتور محمود جمال الدين ذكى ص / ٤٠١ بند / ٢٥٨ ، وانظر أيضا كابو ص / ٥٨ بند / ٤٧ وإن أسس هذا الالتزام ، على أنه يمثل الوجه المقابل لحق الدائن الذى تقرره المادة / ٢٠٨٥-٢ مدنى فرنسى .

(٢٠) الى (٢٢) م/١١٠٦ - ١ مدنى مصرى

(٢٣) كابو - ص /٥٥ بند / ٤٣

(٢٤) ويقابلها فى فرنسا ، تقريبا ، نص المادة / ١٢٧٩ المعدلة بقانون ١٦ يوليه ١٩٧١ . ولمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن راجع : داجو ، مقال ١٩٧٥ سابق الاشاره .

المطلب الثانى

أحكام الرهن التى تواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنية بحسبانه منشىء ضمان ، ومديناً مسئولا شخصياً عن الدين . فى آن واحد

عدم انطباق هذه الأحكام على الكفيل العينى ، أمثلة

٢٣) أشرنا إلى أن هناك جانبا من النصوص التى تحكم الرهن الرسمى والحيازى ، تواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنية ، بحسبانه ، فى آن واحد ، منشىء ضمان ، ومدينا مسئولا شخصيا عن الدين ، بمعنى أن " اجتماع هاتين الصفتين فيه ، يكون هو علة وجود هذه النصوص (٢٤) . ومن ثم فإن هذا الجانب لن ينطبق — على العكس — على الكفيل العينى .

ونوجز ، فيما يلى ، بعض الأمثلة لذلك :

أ - الكفيل العينى ، وتخلية العقار المرهون :

٢٤) فعلى العكس من المدين ، تثبت للكفيل العينى رخصة تخلية العقار المرهون (٢٥) . وثبوت هذه الرخصة له ، وعدم ثبوتها للمدين ، أمر مفهوم فى الحقيقة . إذ هى بالنسبة للأخير لن تفيده ، فى الواقع ، شيئا ، مادام أن تخليه عن حيازة العقار المرهون ، لن يجعل أمواله الأخرى بعيدة عن متناول الدائن ، لأنه

---

(٢٤) جروا ، بند / ١٣

(٢٥) ويرى البعض فى ثبوت هذه الرخصة له . إحدى مزايا نظام الكفالة العينية راجع ، كابيو ص / ١٥ بند / ١٠ .

مسئول شخصيا عن الدين في كل ذمته المالية (٢٦) ٠ فيما تكون لـــهذه التخلية ـ على العكس ـ كل أهميتها بالنسبة للكفيل العيني، الذي تنحصر ـ بالفرض ـ مسئوليته في العقار موضوعها ٠ إذ بها ، على الأقل ، يحافظ ـ كحائز العقار المرهون ، على مظاهر ائتمانه ، ويقي سمعته المالية من خطر الإضرار بها فيما لو كانت إجراءات التنفيذ على هذا العقار ستتخذ في مواجهته ، الناتج (أي هذا الإضرار) من الاعتقاد ، المحتمل ، بأن هذا التنفيذ يرجع لإعساره ٠

وهكذا قضت الفقرة / ٢ من المادة/١٠٥١ مدني مصري ، بانه " إذا كـان الراهن شخصا آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليــه، إذا هو تخلى عن العقار المرهون ، وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التــي يتبعها الحائز في تخلية العقار " ٠

والفقه المصري يُجمع على ثبوت هذه الرخصة للكفيل العيني (٢٧) ٠فقط تختلف الآراء ، فيه ، حول أساس هذا الحكم ، باختلاف النظرة لمركز الكفيل

---

(٢٦) في هذا المعنى : جروا بند / ١٥ ، وقرب د ٠ محمود جمال الدين ذكــي ص / ٣١٩ بند / ١٧٨ ٠

(٢٧) راجع مثلا : د ٠ السنهوري ص /٥٧٧ بند / ٣٠٥ ، د ٠ محمد كامل مرسي التأمينات الشخصية والعينية ط / ٣ ١٩٣٨ ص / ٢٢ بند /١٧، دكتــور سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ط / ٢ ١٩٥٩ ص / ٢٨١ بند /١٧٩ ، د ٠ شمس الدين الوكيل ص/٢٤٧ بند / ١٠٥ د ٠ عبد المنعم البدراوي ص / ٢١٩ بند / ١٥٩ ، د٠ حسام الدين كامـل الأهواني ص / ٦١٧ بند / ٥٠٧ ، د ٠ نعمان محمد خليل جمعة ، الحقــوق العينية ١٩٨٥ ص /١١٩ ، وكذلك الفقه المشار اليه في الهامش التالــي (٢٨) ٠

العينى [28] .

ورغم أن المادة / ٢١٧٢ مدنى فرنسى ، ليست - فى هذا الشأن - بنفس صراحة النص المصرى سابق الاشارة ، حيث تتكلم عن رخصة التخلية فى خصوص " الأغيار الحائزين غير الملتزمين شخصيا بالدين " إلا أن الفقه الفرنسى يسلم ، أيضا ، بثبوت هذه الرخصة للكفيل العينى [29] . ويبرر بعضه ، ذلك ، من بين مايبرر به ، بأن هذا الأخير قد تعاقد ، فى الحقيقة وفى نيته أنه لن يكون مُعاملا ، فى العلاقة بالدين ، معاملة أقل من معاملة مشترى العقار المرهون من جانب المدين نفسه [30] .

هذا ولما كان الكفيل العينى ، بالتخلية ، يترك مجرد الحيازة المادية للعقار ، الذى تبقى له ، معها ، ملكيته ، فإنه إذا ماحدث وهلك هذا العقار ، بفعل قوة قاهرة ، بعد التخلى عنه ، وقبل الحكم برسو المزاد فإنه يهلك على الكفيل العينى ، الذى ستنقضى كفالته بهلاك العقار ، هذا

---

(٢٨) انظر فى هذا الشأن : د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٣١٩ بند / ١٧٨ ، منصور مصطفى مصنور ص / ١٥١ بند / ٦٨ ، دكتور محمد على امام ص /١٦٧ بند / ٩٧ دكتور عبدالناصر توفيق العطار ص /١٤٨ بند / ٧٣ .

(٢٩) راجع مثلا : PLANIOL et RIPERT par BECQUÉ (E) : Traité pratique de droit civil Fançais. To : 13. 2 éd. 1953 P. 5o1 et s No 1146
مازو (هـ . ل . جـ) وشاباس ص / ٤٨٨ بند / ٤٩٩ ؛
وكذلك الفقه المشار اليه فى الهامش التالى (٣٠)

(٣٠) كابيو ، ص / ٦٧ بند / ٥٥

صحيح ، لكنه لن يستطيع أن يرجع بثمنه على المدين (٣١) . كذلك ، يقيس البعض ، في الفقه الفرنسي، الكفيل العيني ، على الحائز ، ويعطيه ، من ثم ، الحق في أن يعدل عن التخلية ، ويسترد عقاره المرهون ، "على أن يفي بالدين ، وبما أنفقه الدائن من مصروفات" (٣٢)

ب - الكفيل العيني ودخول مزاد بيع المال المرهون :

(٢٥) ويتصل بالمسألة السابقه ، أنه ، على العكس من المدين ، يجوز للكفيل العيني أن يدخل مزاد بيع ماله المرهون (٣٣) ، بما يحتمل معه أن يرسو عليه هذا المزاد (٣٤) ، وذلك لانتفاء مبرر حظر ذلك على المدين ، بالنسبة لهذا الكفيل .

فالفكرة في هذا الحظر (٣٥) بالنسبه للمدين ، أنه لو جاز له أن يسترد عقاره ، في المزاد ، بثمن أقل من الدين الذي يلتزم به ، فإن الدائن - الذي لم يستوف بالفرض كامل حقه - سوف يعود الى إتخاذ إجراءات حجز جديدة على نفس العقار الذي استرده المدين حتى يستوفي ماتبقى له ، وهكذا إلى

(٣١) في هذا المعنى : كابو ص/٦٧ ، ٦٨ بند/٥٥ ، وفي مصر (في خصوص حائز العقار المرهون الذي يباشر التخلية) د . محمود جمال الدين ذكي ص/٣٢٢ بند/١٨١ .

(٣٢) كابو ص /٦٨ بند / ٥٥

(٣٣) وقد نص المشرع المصري على هذا الجواز ، صراحة بالنسبة للحائز (انظر م/١٧٤ مدني) والشرط المعلق عليه هذا الجواز ، في هذا النص ، يخص في الحقيقة مركز الحائز بالذات ، ولايعرض بشأن الكفيل العيني .

(٣٤) في هذا المعنى : جروا بند / ١٤

(٣٥) ليس في القانون المصري ، من نص صريح في هذا الحظر ، وإن أمكن استخلاصه من المبادئ العامة . أما في فرنسا فقد ورد هذا الحظر في المادة / ٧١١ مرافعات قديم ، وتجدد بموجب المادة/١٠ من مرسوم أول مارس ١٩٦٧ مراجع جروا بند / ١٤ هامش / ٩ .

مالا نهاية • ومثل هذه الخشية لاتتحق ـ بداهة ـ فى الكفالة العينية ، إذ لن يكون من حق الدائن، إذا رسا المزاد على الكفيل العينى بمبلغ أقل من الدين ، مباشرة حجز جديد على العقار بين يدى الكفيل • فالفرض ان هذا الأخير ليس ملتزما فى مواجهته بدفع كامل الدين ، وأن مسئوليته قبله ، تنحصر فى حدود المال المرهون لا أكثر •

جـ ـ الكفيل العينى ، وكل من بند التملك عند عدم الوفاء ، وبند الطريق الممهد :

٢٦) تقضى المادة ١٠٥٢/ ـ ١ مدنى مصرى ، صراحة ، ببطلان " كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، فى أن يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو فى أن يبيعه دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون .... "[٣٦].

ويُعرف الاتفاق الأول ، فقها ، ببند (أو شرط) التملك عند عدم الوفاء[٣٧] ، فيما يعرف الثانى ببند (أو شرط) الطريق الممهّد[٣٨] " •

والفكرة فى حظر هذا البند أو ذاك ، فى علاقة الدائن بالمدين الراهن واضحة تماما ، حيث خطورتهما الكبيرة على هذا الأخير ، وبالتبعية على دائنية الآخرين[٣٩] : فالبند الثانى ، " يجرده "[٤٠] ـ على الأقل ـ " من الحماية التى يوفرها له قانون المرافعات .. باجراءات التنفيذ العقارى[٤١] ،

(٣٦) ويقابلها فى فرنسا ، نص المادتين ٢٠٧٨، ٢٠٨٨ مدنى
(٣٧) pacte commissoire
(٣٨) clause de voie parée
(٣٩) فى هذا المعنى : جروا بند ١٧/
(٤٠)، (٤١) د • محمود جمال الدين زكى ، ص ٢٧٨ / بند ١٤٦

فيما ينتهي الأول، في الأعم الأغلب من الحالات ، الى تملك الدائن للمال المرهون ، بثمن لايتناسب أبدا وقيمته الحقيقية [٤٢] . ثمن " لم يرض [٤٣] هذا المدين " في الحقيقة ، به ، لـعدم توقعه وقت الرهن " [٤٤] . وهو (أي هذا المدين) يكون ، في هذا البند أو ذاك ، مضطرا ، تحت ضغط حاجته الملحة الى المال ، إلى الاذعان لرغبة دائنه المستغل " آملا ، على كل حال في قدرته على الوفاء بالدين عند حلول أجله ، ثم يجد نفسه ، في أكثر الأحوال ، عاجزا عن الوفاء في الأجل المحدد " [٤٦] .

ولما كانت هذه المخاوف تقل ، في الحقيقة، وإلى حد كبير [٤٧] ، حين يكون الراهن شخصا غير المدين ، حيث لاضرورة ملحة لمال تسمح للدائن على نفس النحو ، أن يفرض عليه بندا مثل هذا أو ذاك لايقبله حقيقة وتضطره الى الاذعان له، فإن البعض في الفقه الفرنسي يرى إمكان استثناء الكفالة

---

(٤٢) حيث عادة ماتكون قيمة العقار المرهون أزيد بكثير جدا من قيمة الدين المضمون . راجع د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٢٧٦ بند /١٤٥ .

(٤٣)،(٤٤) د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٢٧٧ بند / ١٤٥

(٤٥) وتعليقا على نفس الحظر في القانون الفرنسي ، يقول : بيرلييه ، ان المشرع قصد بذلك " منع الاستغلال الجشع لبوءس المدين ، ف هذا الاخير يكون " معانيا من هذا الشرط أكثر منه قابلا له ، مادام أنه يصبح شرطا للقرض " أشار إليه كايو ص / ٥٩ بند / ٤٨ .

(٤٦) " لظروف سيئة ، أو لتضخم الدين بالفوائد المتفق عليها ، د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٢٧٦ بند / ١٤٥ .

(٤٧) إن لم نقل - مع البعض - تنعدم ، انظر كايو بند / ٤٨ ص /٥٩ .

العينية من حظر مثل هذين البندين [٤٨] • كما يدعم بعض أنصار هذا الاتجاه وجهة النظر هذه ، بأن النصوص التى أقامت هذا الحظر هى نصوص استثنائية بالنظر إلى خروجها على مبدأ حرية الاتفاقات • ومثل هذا النوع من النصوص يجب عدم التوسع فى تفسيره ، ومدّه إلى فروض لم تكن متوقعه عند وضعه [٤٩] •

د ـ الكفيل العينى ، وحوالة الحق المضمون بالرهن •

٢٧) استخدمت كل من المادتين / ٣٠٥ مدنى مصرى ، ١٦٩٠ مدنى فرنسى لفظة "المدين" فى صدد بيان موجبات نفاذ حوالة الحق ، حين اشترطت كل منهما لهذا النفاذ ، إعلان " المدين " بهذه الحوالة •

فإذا كان الحق المحال مضمونا برهن ، قدمه أحد الأغيار ، بات التساؤل واردا ، عما إذا كان يلزم إعلان الحوالة إليه • أو بعبارة أخرى ، عما إذا كان يتعين ، فى هذا الشأن ، تسوية الكفيل العينى بالمدين •

يعتقد ذلك بعض الشراح الفرنسيين [٥٠] ، فيما لا تعتقده غالبيتهم [٥١] ، لأن حوالة الحق ، إذا كان يجب أن تكون مُعلنةً للمدين ، فذلك حتى لا يفى بين يدى شخص لم يعد دائنا ، حين أن مثل هذا الخطر لا يترصد الكفيل

(٤٨) فى هذا الاتجاه ، جروا بند/ ١٧ ، والفقه المشار اليه فيه هامش / ١٤ ، كايو ص ، ٥٩ بند / ٤٨

(٤٩) راجع ، كايو ص / ٥٩ بند / ٤٨ ، وعكس ذلك د • محمود جمال الدين ذكى ص/ ٢٧٥ ، ٢٧٦ بند/ ١٤٤ (وهو يرى بطلان هذين الشرطين لمخالفتهما للنظام العام) وانظر ايضا فى نفس هذا المعنى : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ/ ٧ ص / ٦٢

(٥٠) جيوار ، اشار اليه جروا بند / ١٦ هامش / ١٣ •

(٥١) جروا بند/ ١٦ ، والفقه المشار اليه فيه هامش / ١٣ •

العينى ، الذى لايمكن أن يكون متابعا إلا من قبل صاحب الحق [٥٢] .

هـ ـ الكفالة العينية ، وحق الدائن المرتهن في حبس المال المرهون ، في القانون الفرنسى :

٢٨) على خلاف أحكام القانون المصرى [٥٣] ، تقضى المادة ٢٠٨٢/ـ ٢ مدنى فرنسى بأنه " إذا نشأ لنفس الدائن (المرتهن) ، تجاه نفس المدين (الراهن) دين آخر ، بعد الرهن ، وأصبح (أى هذا الدين) مستحق الأداء قبل الدين الأول ، فإن الدائن لايكون ملزما بأن يتخلى عن المال المرهون ، قبل أن يستوفى كلا الدينين بالكامل ، حتى ولو لم يوجد أى اشتراط لتخصيص الرهن لضمان الوفاء بالدين الثانى " . فهل يسرى نفس الحكم على الكفيل العينى؟ وبعبارة أكثر وضوحا ، لو أن الكفالة العينية تمت عن طريق رهن حيازى ، ثم نشأ للدائن المرتهن ، فى مواجهة مدينه ، وبعد تقديم هذه الكفالة ، حق أصبح مستحق الأداء قبل الدين المكفول ، فهل يستطيع الدائن أن يحبس مال الكفيل العينى حتى يستوفى الدينين بالكامل ؟ .

بالقطع لا ، يجيب ـ بحق ـ بعض الشراح الفرنسيين [٥٤] . فأساس الحكم السابق وجود " اتفاق ضمنى " [٥٥] بين الدائن المرتهن ومدينه الراهن على أن يكون المال المرهون مخصصا أيضا لضمان الديون التى يمكن أن تستجد فى العلاقة بينهما [٥٦] . وبديهى أن مثل هذا التحليل ـ أو على حد

---

(٥٢) جروا بند / ١٦

(٥٣) راجع فى هذا الشأن : د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٤١٦ بند / ٢٦٦

(٥٤) ـ (٥٦) كايو ص / ٥٠ ، ٥١ بند / ٣٩

تعبير هذا البعض " القرينة القانونية " (٥٧) ـ لاينطبق على الفرض الذى يكون الضمان فيه مُقدمـــا من جانب شخص غير المدين (٥٨) . فالكفيل العينـــــى ماقصد أن يُثقل ماله " إلا من أجل الوفاء بالدين الذى يعرفه ٠٠ ومن المستحيل تبعا لذلك ـ افتراض رضائه الضمنى بتخصيصه لضمان جديد (٥٩) ٠ هذا فضلا عن أن النص الذى أقام هذا الحكم هو نص استثنائى " ومن المبادىء الأولية المسلم بها ، أن الاستثناءات لايصح التوسع فيها ومدها من حالة إلـــــى أخرى (٦٠) ٠

---

(٥٧) ـ (٦٠) كايو ص / ٥٠ ، ٥١ بند / ٣٩

المطلب الثالث
الكفيل العينى والأحكام المتعلقة بحائز العقار المرهون

تمهيد : بين مركز الكفيل العينى ومركز حائز العقار المرهون :

٢٩) بينا حتى الآن ، مدى ماينطبق على الكفالة العينية من الأحكام المتعلقة بالرهن • بيد أن بعضا من أحكام هذا الأخير يتعدى العلاقة بين طرفي الرهن ، إلى من يكتسب ملكية المال المرهون دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين ، وهو مايعرف في الاصطلاح بحائز العقار المرهون •

ونعرف أن الكفالة العينية قد تتم من طريق الرهن الرسمى ، الذى تبقى فيه - بالفرض - حيازة المال المرهون ، للكفيل العينى مالكه • ونعرف أيضا أن هذا الاخير لايكون ، هو الآخر ، ملتزما شخصيا بالدين • ويعنى هذا وذاك أن الكفيل العينى ، كالحائز ، من حيث أن " في حيارته هو الآخر عقار مثقل برهن ، مرتبط (أى هذا الرهن) بدين ليس دينه "(٦١) •

فهل يستوى ، تماما - لذلك ، مركز الكفيل العينى ، مع مركز الحائز ؟ وهل يخضع الأول لجميع الاحكام المتعلقة بالثانى ؟ •

٣٠) إن وضع الكفيل العينى يقترب ، ولاشك ، إلى حد كبير ، من وضع

---

(٦١) كابو ، ص / ١٧ بند / ١٢

الحائز . كما أن الأسس التى تقوم عليها فكرة الالتزام العينى (أو المسئولية العينية) على النحو السابق بيانه (٦٣)، تنسحب فى الحقيقة، على كل منهما. ولذلك فإن أنصار الفكرة يرون فى الأول نوعا من الثانى (٦٤) . بل يصل بعضهم إلى حد إنكار أى فرق بينهما (٦٥) .

لكننا ، مع ذلك ، نختلف مع بعض أنصار هذه الفكرة من الشراح المصريين، حين يستندون — فى تشبيه الكفيل العينى بالحائز — إلى أساس من أن كلا منهما " يُسأل)) عن الدين " مسئولية عينية ، بسبب تخصيص مال يملكه لضمان الوفاء به " (٦٧) . ففضلا عما أُخذ على مثل هذا التحديد لمفهوم سبب مسئولية الكفيل العينى ، كما بينا ، فى موضع سابق (٦٨) ، فإن أساس هذا التشبيه تعوزه الدقة أيضا ، من حيث أن الحائز ، على العكس من الكفيل العينى ، لا يكون هو الذى خصص المال للضمان ، وإنما انتقلت إليه ، فى الحقيقة ، ملكية هذا المال ، محملة بهذا الوصف .

٣١) ويبقى ، على أية حال ، أنه مهما كان اقتراب مركز الكفيل العينى من مركز الحائز ، إلا أن ذلك لا يُخل بأن هناك فارقا هاما بينهما ، من حيث أن الحائز شخص " أجنبى تماما عن كل من الدين والرهن " (٦٩) ، فلا هو

---

(٦٢) فى هذا المعنى كابيو ص / ٦٤ بند / ٥٣ ، مازو (هـ.ل.ج) وشاباس ص/ ٢٧١ بند / ٢٦٢ .

(٦٣) راجع سابقا بند / ٥ ومابعده .

(٦٤) اشار لذلك كابيو ص / ٦٤ ، ٦٥ بند / ٥٣

(٦٥) صاحب هذا الرأى هو / تيزار ، أشار إليه ، وانتقده ، كابيو ص /٦٥ بند / ٥٣

(٦٦)،(٦٧) د . محمد على إمام ص / ١٦٨ بند / ٩٨

(٦٨) راجع سابقا بند / ٩

(٦٩) كابيو ص / ١٧ بند / ١٢

" تعاقد مع الدائن " (٧٠) ، ولا هو الذى قدم التأمين " (٧١) ، فيما أن الكفيل العينى شخص قبل الضمان (٧٢) ، لأنه ببساطه ، هو الذى ، وباختياره ، قد أنشأه ٠

ولعل هذا الفارق هو الذى يفسر ، كيف لاتنطبق على الكفيل العينى بعض الأحكام المتعلقة بالحائز ، كالأحكام التى نشير إليها فيما يلى :

(ا) بين الكفيل العينى والحائز - من حيث رخصة تطهير العقار المرهون :

٣٢) فإذا كان للكفيل العينى ، كالحائز ، رخصة تخلية العقار المرهون ، على النحو الذى سبق أن بيناه وأوضحنا مبرره (٧٣) ، فإنه - على العكس منه ، ليس له أن يطهر هذا العقار من الرهن ٠ وهذا أمر مسلم به فى الوقت الحاضر (٧٤) ، خلافا لاتجاه فى الفقه الفرنسى القديم ، كان يرى أنصاره

---

(٧٠) (٧١) جروا بند / ١٨ وهو يضيف أنه ، إذا كان القانون يعترف له بحقوق خاصة فذلك بوضوح لأنه لم يكن طرفا فى العقد المنشىء للرهن ٠

(٧٢) كابيو ص / ١٧ بند / ١٢

(٧٣) راجع سابقا بند / ٢٤ ، وانظر فى هذا المعنى : مازو (هـ ٠ ل ٠ جـ) وشاباس المرجع السابق ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ ٠

(٧٤) انظر مثلا : كولان وكابيتان ودى لامورانديير ، المرجع السابق بند / ١٣٣٤ ص / ١٠٧٩ ، جروا بند / ١٨ ، كابيو ص / ٦٨ ومابعدها بند / ٥٦ ، لمبران المرجع السابق جـ / ٣١ ص / ٤٠٦ بند / ٤٢٤ : مازو (هـ٠ل٠جـ) شاباس ص / ٤٩٤ بند / ٥١٢

وفى مصر : د ٠ السنهورى ص / ٥٤٤ بند / ٢٨٢ ، د ٠ سليمان مرقس ص/ ٢٨١ بند / ١٧٩ ، د ٠ شمس الدين الوكيل ص/ ٢٣٨ بند / ١٠٤ ، د ٠ عبد المنعم البدراوى ص / ١٩٨ بند / ١٤٣ ، د ٠ منصور مصطفى منصور ص ١٥١ / بند ٦٨ د ٠ محمود جمال الدين ذكى بند / ١٦٧ ، د ٠ محمد على إمام ص/ ١٦٨ بند / ٩٨ ٠

التسوية بين هاتين الرخصتين ، ومن ثم جواز التطهير لمن يمكنه التخلية (٧٥)(٧٦) .

وهو اتجاه منتقد في الحقيقه ، لأن الحائز ، إذا كان له أن يطهر العقار الذى آلت إليه ملكيته ، فلأنه ـ كما قلنا ـ أجنبى تماما ، ليس فقط عن الدين ، وإنما عن الرهن نفسه (٧٧) . ومن ثم فإن استعماله لما يخوله له " القانون " من حق في تطهير العقار ـ على ماله من أهمية بالنسبة له ـ لا خرق فيه لمبدأ القوة الملزمة للعقود (٧٨) ، لسبب بسيط ، أنه لم يكن ، أصلا ، قد تعاقد مع الدائن حتى يكون عليه من شيء يجب أن يحترمه في مواجهته (٧٩) .

أما الكفيل العينى ، فليس أجنبيا عن الرهن ، بالعكس ، إنه هو الذى

---

(٧٥) رأى منسوب لـ تروبولونج ، مارتو ، أشار اليهما كايو ص / ٦٨ بند / ٥٦ . كما نسبة د / محمود جمال الدين ذكى (ص/٣٠٥ هامش / ٢١) للفقيه الفرنسى لوران في مؤلفه سابق الاشارة ج / ٣١ بند / ٤٢٤ ، والحقيقة أن هذا الفقيه يؤكد في هذا الموضع من مؤلفه وجهة النظر العكسية ، فهو يقول في ص / ٤٠٦ ما نصه :

" Toutefois nous croyons aussi que le tiers détenteur (يقصد الكفيل العينى) ne peut pas purger, mais pour un autre motif " .

(٧٦) وقد كانت وجهة نظر داللوز ، في تأييده لهذا الاتجاه (والأمر عنده يتعلق بمسألة تفسير لإرادة الكفيل) أنه لا يصح ـ وقد كان بوسع هذا الأخير أن يشترط حق التطهير لنفسه في عقده مع الدائن ، أن يستخلص من مجرد عدم احتفاظه لنفسه بهذه الرخصة صراحة ، أنه قد تخلى عنها ، وإنما الأولى في حالة الشك ، وجوب القول بتركها له ، مثله مثل أى حائز غير ملتزم بالدين .. أشار لذلك كايو ص / ٧١ بند / ٥٦

(٧٧)ـ(٧٩) لابيه ، أشار اليه كايو ص / ٦٩ بند / ٥٦

رتبه على عقاره بتعاقده مع الدائن المرتهن ٠ ومتى كان ذلك ، كان من الضروري أن يمتنع عليه التطهير (٨٠) ، لأن هذا الاجراء يوءثر ، ولاشك على حق هذا الدائن ، من حيث " يترتب عليه تعطيل ميزة التتبع التي تنشأ عن الرهن لمصلحته " (٨١) ، فيتعبر لذلك تعرضا من جانب الكفيل (٨٢) له ، حين أنه على العكس ، ملتزم في مواجهته بضمان الرهن الذي ارتضاه (٨٣) ٠ والقاعدة أن من عليه الضمان ، يمتنع عليه التعرض ٠

هذا فضلا عن أنه ليس يكفي للتطهير ، كما يوءكد البعض ، أن يتعلـــق

---

(٨٠) في هذا المعنى : د ٠ عبدالمنعم البدراوي ص/١٩٨بند/١٤٣، دكتـــور عبدالفتاح عبدالباقي ، الوسيط في التأمينات العينية ١٩٥٤ص /١٣٦، ١٣٧ بند/١٥٤، د ٠ نعمان جمعة ص/١٠٧٠ أما من يكتسب ملكية العقار عن الكفيل العيني ، فانه يكون ، في نظر البعض ، حائز ، ويصح له ، عنده ، أن يلجـأ إلى التطهير ، راجع د ٠ عبدالمنعم البدراوي ص/١٩٨بند/١٤٣ ٠

(٨١) د ٠ محمود جمال الدين ذكي ص/٣٠٥بند/١٦٧، عن كلٍّ من بلانيول وريبيـــر وراجع ، في معنى أن التطهير يشكل تعديلا لشروط العقد ولما قد يتضمنـه هذا الأخير من آجال ، وذلك من حيث أنه يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ، أو استيفائه قبول حلول أجله ، لابيه أشار إليه كابيو ص/٦٩ بند/٥٦ وفي نفس المعنى د ٠ محمود جمال الدين ذكي ، الموضع السابق ، بلانيـول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ص / ٥٤٧ ومابعدها بند/١١٩٩ ٠

(٨٢) في هذا المعنى : د ٠ سليمان مرقص ص /٢٨١ بند/ ١٧٩ ، د ٠ حســـام الاهواني ص/٥٧٣ بند/٤٦٨ د ٠ منصور مصطفى منصور ص /١٥١ بند/٦٨، دكتور سليمان مرقس ص /٢٨١ بند / ١٧٩ ، د ٠ محمود جمال الدين ذكـي ص /٣٠٥ بند / ١٦٧ ٠

وفي الفقه الفرنسي : جروا بند / ١٨ ، كابيو ص / ٦٨ ، ٦٩ بند / ٥٦ ، MARTY et RAYNAUD: Droit civil T.3 éd. 1971 p.210 No 342 , MAZEAUD(H,L,et j) par CHABAS(F): Leçons de droit civil. To3.5 éd. 1977 p.271 No: 262

٨٣) بل يرى البعض ، تأسيس ذلك ، على أن الكفيل هو شخص ، قبل أن تتوافر فيـه صفة المديونية الي جوار المدين ، راجع د ٠ شمس الدين الوكيـــل ص / ٢٣٨ بند / ١٠٤ ٠

الأمر بغير ، حائز [٨٤] وإنما يلزم أيضا أن تكون لمن يُباشر هذا الاجراء صفة " المكتسب " [٨٥] ، أي المالك الجديد للعقار ، وكل النصوص المتعلقة بالتطهير تفترض ذلك." بيد أن الكفيل ليس مكتسبا بالمعنى القانوني ، لأنه في اللحظة التي تملك فيها العقار ، كان هذا الأخير خاليا . فقط أُثقل بالرهن فيما بعد" [٨٦] .

(ب) بين الكفيل العيني والحائز ، من حيث إمكان التمسك بتقادم الرهن استقلالا عن الدين المضمون (في القانون الفرنسي)

٣٣) وعلى نفس النسق ، لايمكن أن يستفيد الكفيل العيني ، من الاستثناء المقرر صراحة لمصلحة الحائز ، في القانون الفرنسي ، بالمادة / ١٨٠ ، (رابعا فقره/٢) [٨٧] ، والذى كان المشرع المصرى قد اتجه إليه في المادة/ ١٥١٠ من المشروع التمهيدي [٨٨] ، بأن يتمسك بتقادم الرهن ، ومن ثم بانقضائه بالاستقلال عن تقادم الدين المضمون ، إذا وضع يده على العقار المرهون

---

(٨٤) Tiers détenteur

(٨٥) l'acquereur

(٨٦) لوران ، المرجع السابق ج / ٣١ ص / ٤٠٦ ، ٤٠٧ بند / ٤٢٤ ، وفي نفس المعنى : جايو ص / ٧٠ ، ٧١ بند / ٥٦ ، مازو (هـ ٠ ل ٠ جـ) وشاباس ص/ ٤٩٤ بند / ٥١٢ .

(٨٧) التي تستدرك على مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون ، قائلة أنه ، بالنسبة للأموال المرهونة ، التي تكون تحت يد حائز ، ينتهي تقادم الرهن لصالح هذا الأخير ، بمضي المدة اللازمة لاكتساب حق الملكية .

(٨٨) التي كانت تقضي بأنه " لاينقضي الرهن الرسمي بالتقادم ، مستقلا عن الدين المضمون . ومع ذلك ، إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ، فإن دعوى الرهن بالنسبة إليه تسقط بالتقادم ، إذا لم يرفعها الدائن المرتهن في خلال خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت تمكنه من رفعها وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو التخلية " .

المدة المقررة قانونا لاكتساب ملكيته (٨٩) .

ولسنا هنا بصدد التعرض التفصيلي لهذا الاستثناء ، ومايلاقيه من انتقادات الفقه الفرنسي المعاصر ، ومايثيره - على الأخص - من جدل حول طبيعة التقادم الذى ينظمه ، فذلك يخرج بنا فى الحقيقة عن الإطار المحدد لهذه الدراسة (٩٠) . إنما نقصد فقط بيان مبررات قصره على الحائز ، وعدم إمكان امتداده إلى الكفيل العينى .

---

(٨٩) والغاء نص المادة / ١٥١٠ من المشروع التمهيدى المصرى / هو تأكيد في نظر شبه الاجماع الفقهي عندنا ، على عدم جواز انفصال الرهن في تقادمه عن الدين المضمون . راجع مثلا : د . منصور مصطفى منصور ص / ١٦٧ ، ومابعدها بند / ٨١ ، د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٣٣٤ بند / ١٩٣ : د . عبد الفتاح عبد الباقي الوسيط في التأمينات العينية ١٩٥٤ ص / ١٨٤ بند / ٢١٠ ، د - عبد المنعم البدراوى ص / ٢٥٠ ومابعدها بند / ١٨٢ د . محمد على إمام ص / ٤١٢ ومابعدها بند / ٢٩٠ ، وضمنا د . نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ١٩٨٥ ص / ١٣٢ .
وقارن ، مع ذلك ، د . السنهورى ص / ٦٥٩ بند / ٣٩٨ ، الذى يرى أنه إذا كان حذف هذه المادة يُضعف الرأى الذى يقول بأن الرهن الرسمي في يد الحائز يزول بالتقادم " إلا أن الباب لازال مفتوحا للمراجعة "

(٩٠) راجع في هذا الشأن .
JOSSERAND(L): Cours de droit civil positif français. T.2 2 éd.1933 No 1957 et.s P.1052 et s ,
كولان ، وكابيتان ودى لامور انديير ، المرجع السابق ص/ ١١٢١ ومابعدها بند / ١٤٠٦ ومابعده كايو بند / ٩٦ ص / ١٢٤ - ١٣٠ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ، البنود/ ١٣٢٦ - ١٣٤٠ الصفحات ٧٢١ - ٧٣٧ ، أوبرى و رو المرجع السابق ج/ ٣ § ٢٩٣ الصفحات ٦٦٣ - ٦٦٩ ، مازو (هـ . ل . ج) و شاباس ص / ٥٣٦ ومابعدها بند / ٥٧١ ومابعده خاصة ص/٥٣٩ بند /٥٥٧ وراجع ، في عرض له ، في كتب الفقه المصرى : د . السنهورى الصفحات من ٦٥٥ - ٦٥٩ ، البنود ٣٩٤ - ٣٩٨ ، د . محمود جمال الدين ذكى ص/ ٣٣٢ ومابعدها بند / ١٩٣ ، د . حسام الاهوانى البنود ٥٨٦ - ٥٩٠ الصفحات ٧١٠ - ٧١٨ .

وبعض الضوء على جذور هذا النص التاريخية، يمكن ان يكشف عن جانب من هذه المبررات :

فلقد نشأ هذا الاستثناء ، في الحقيقة في وقتٍ كان يمكن أن يجد فيه كل مبرره ٠ إذ على العكس مما هو مقرر في الوقت الحاضر ، لم يكن القانون الفرنسي القديم ــ الذى ورث هذا الاستثناء عن القانون الرومانى - يعرف نظام علنية الرهن (٩١) ٠ ومن ثم كان القول بإمكان تقادم هذا الأخير ، استقلالا عن الدين المضمون ، أمرا ضروريا بالنسبه للحائز ، حيث كان هو الوسيلة الوحيدة ، تقريبا ، أمامه ، للتخلص من رهنٍ مستتر لم يكن يعلم به ، ولا كان لديه من سبيل لمعرفته ٠

٣٤) وواضح أن هذا المبرر لاينسحب على الكفيل العينى ، الذى لايمكن ــ حتى إذا صرفنا النظر عن أن المبدأ الآن هو علنية الرهن من طريق لزوم شهره ، أن يخفى عليه رهنه ، لسبب بسيط ، أنه هو الذى ينشئه ٠ هذا من جهة

٣٥) ومن جهة أخرى ، فإن الكفيل العينى، بموجب عقده مع الدائن ، يكون ملتزما في الحقيقه " بالإبقاء على التأمين ، طيلة مابقي الدين ، حتى يزود الدائن بنفس الائتمان الذى كان سيجده لو أن المال المرهون كان هو مال المدين »(٩٢) .

---

٩١) راجع في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لاموارنديير ، المرجع السابق ص / ٩٦٥ ومابعددها بند /١١٨٥ ، وراجع بوجه عام في تاريخ هذا الاستثناء ، مازو وشاباس ص ، ٥٣٦ بند / ٥٧٢

٩٢) جروا بند / ١٨ وحكم استئناف باريس (غير المنشور) الصادر في ١٩٨٠/٥/٣٠ اشار اليه نفس المؤلف هامش / ١٥ ، وفي نفس المعنى من الفقه المصرى ، د ٠ حسام الاهوانى ص ٧١١ بند / ٥٨٦ ٠

٣٦) هذا فضلا عن أن تحليل نص المادة / ٢١٨٠ مدنى فرنسى سابق الاشارة فى معنى أنه ، من حيث مايتضمن من شروط - ينظم نوعا من التقادم المكسب (٩٣)، سوف يوءدى حتما إلى وجوب الاختلاف فى الحكم بين الحائز والكفيل العينى. "فالحائز يتعين ، حتى يصل إلى تحرير عقاره من الرهن ، أن يكون قد حازه مدة معينة على أنه خالٍ من أى تكليف • فبهذا الشرط يمكن أن ينتهى إلى كسب حق عدم التنفيذ على هذا العقد • بيد أن الكفيل العينى فى علاقته بالدائن المرتهن لايحوز العقار بحسبانه خاليا من الرهن ، إنما يحوزه بحسبانه مثقلا به ، بما أنه هو نفسه الذى قبل أن يثقله • وإذن فإن حيازته (فى معنى شروط هذا النص) تكون حيازة مشوبة بعيب • ولن يمكن مطلقا أن تمكنه من التمسك بالتقادم ، لأنه لا أحد يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ، ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة " (٩٤) •

٣٧) ولعل كل هذه المعانى السابقة كان يلخصها واضع المذكرة الايضاحية فى تعليقه على المادة / ١٥١٠ من المشروع التمهيدى فى مصر ، حين ذكر بأنه : إذا كان " يمكن تصور انفصال الرهن عن الدين من حيث التقادم (٩٥) إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ، وكان ذلك لايتصور بالنسبة للكفيل العينى، فذلك ببساطة " لأن الحائز لم يكفل الدين (٩٦) •

---

(٩٣) فى هذا المعنى تقريبا : بلانيول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ص/ ٧٣٥ بند ١٣٣٩

(٩٤) كايو ، المرجع السابق ص / ١٢٨ بند / ٩٦ وفى نفس المعنى تقريبا : مازو (هـ•ل•جـ) وشاباس، المرجع السابق ص/ ٥٣٦ بند / ٥٧٣ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ص / ٧٢٣ بند / ١٣٢٨ -
وفى مصر : د • حسام الاهوانى ص / ٧١٢ ، ٧١٣ بند / ٥٨٧

(٩٥)(٩٦) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ / ٧ ص / ١٤٨ •

خاتمة المطلب

التزاحم بين الكفيل العينى والحائز

وضع المشكلة :

٣٨) تعرض هذه المشكلة ، حين يكون الدين مضمونا بتأمينين : أحدهما رهن على عقار للمدين تصرف فيه إلى حائز ، والآخر كفالة (شخصية أو عينية) قدمها أحد الأغيار . وعند حلول أجل الدين يكون المدين ، بالفرض ، قد أصبح معسرا . إذ فى هذه الحالة يكون فى مواجهة الدائن (ومن ثم يمكن له أن يرجع عليه) كلٌّ من الكفيل والحائز .

ويبين مما تقدم ، أنه يستوى فى وضع هذه المشكلة ، كما قلنا ، أن تكون الكفالة شخصية أو عينية . وفى الحقيقة فإن الأفكار التى تعرض فى شأنها تنسحب على كل من نوعى الكفالة هاتين .

تعدد الاتجاهات بشأنها فى الفقه الفرنسى :

٣٩) وليس فى نصوص المجموعة المدنية الفرنسية مايواجه هذه المشكلة بشكل مباشر ، ويضع حلا حاسما لها . ولذلك فقد كانت ــ قبل أن يستقر الرأى مؤخرا بشأنها ــ مثار جدل كبير فى الفقه الفرنسى .

وكان وجه الصعوبة فيها ، أن كلا من الكفيل والحائز له ــ بمقتضى القواعد العامة ـ إذا أوفى عن المدين ، أن يحل فى حق الدائن (٩٧) ، بما لهذا الحق من ضمانات . وهو مايعنى أن الموفى ، منهما ، يستطيع أن يرجع على الآخر بدعوى الحلول ، ليكون لهذا الأخير بدوره أن يرجع عليه بمقتضى ماله من

(٩٧) راجع من تطبيقات القضاء المصرى لحق الحائز ، الموفى فى الحلول محل الدائن نقض ١٩٧١/٣/٢٥ المجموعة السنة / ٢٢ ص / ٣٨٤ رقم / ٦١

نفس الحق (أى الحلول) وهكذا إلى مالا نهاية ٠

لذلك كان لابد من البحث عن أسس ، يمكن بالاستناد إليها ، تجنب الوقوع في هذه الحلقة المفرغة ، بجعل أحدهما هو المسئول نهائيا عن الدين ، أو بعبارة أخرى، أسس تستند تفضيل أحدهما على الآخر ٠

٤٠) وبدهي أن أبسط الحلول في هذا الشأن ، أن يقال بأن من يفي منهما ويحل محل الدائن ، يرجع على الآخر بشكل نهائي ٠ وهو حل ظاهر الفساد ، ينكشف عيبه من مجرد طرحه ٠ فهو يفتقر إلى العدل والمنطق ، مادام أن من شأنه أن يتحمل الدين ، في النهاية ، وبطريقة تحكمية تماما ، من لم يختره الدائن أولا لمطالبته بالدين (٩٨) ٠

الاتجاه الأول : تفضيل الحائز :

٤١) استند أنصار هذا الاتجاه إلى كل من المادتين ٢١٧٠، ٢٠٢٣ مدني ٠ فالأولى تخول الحائز حق مطالبة الدائن بأن يجرد ، أولا ، وقبل أن يرجع عليه هو ، الكفيل الذي يحوز عقارا مرهونا في نفس الدين ٠ والثانية ، تعطي للكفيل حق الدفع بالتجريد ، هذا صحيح ، لكنها تخرج من نطاق أموال المدين ، التي يتعين أن يرشد الدائن عنها ، الأموال التي كانت مرهونة في الدين ولم تعد في حيازة المدين ، أى الأموال التي انتقلت ملكيتها الى حائز (٩٩) ٠

وقد أخذ على هذا الاتجاه :

١- أنه ينطلق من تفسير خاطيء للمادة / ٢١٧٠ ، تلك التي تقصر حق الحائز ، في الدفع بالتجريد ، على الأموال المرهونة في نفس الدين التي

---

(٩٨) أشار لهذا الحل ، دون أن يبين ما إذا كان يمثل اتجاها في الفقه الفرنسي ، وانتقده : كايو ص / ٩٧ بند / ٨٠ ٠

(٩٩) رأى منسوب لـ تربولونج ، أشار اليه كايو ص / ٩٩ بند / ٨١

تكون " فى حيازة المدين الأصلى أو المدينين الأصليين " وليس الكفيل أحد هوءلاء (١٠٠) •

٢ - أن المشرع ، فى المادة / ٢٠٢٣ ، لم يكن يواجه ، فى الحقيقة ، وضع كل من الكفلاء والحائزين على استقلال ، أو يقصد مفاضلة بينهم • وإنما كان كل حرص واضعى هذا النص - كما تعبر عن ذلك الأعمال التحضيرية له - هو إحاطه الدفع بالتجريد بما يمكن من القيود التى تضمن حماية الدائن ، وتقلل من مضايقة هذا الإجراء بالنسبة له (١٠١) • وهو أمر مبرر ، لأن التجريد - كأى دفع - يجب أن يكون محصورا فى حدود معقولة • والقانون الذى يُنشئه ، يمكن أن يضع عليه من القيود ما هو مناسب (١٠٢) •

٣ - أن فى الحكم المقرر بالمادة / ٢٠٣٧ لمصلحة الكفيل وحده (دون الحائز) (١٠٣) ما يدحض هذا التفضيل •

فهذه المادة تقضى ، وبلا تفرقة ، ببراءة ذمة الكفيل ، بقدر ما يضيعه الدائن ، بخطئه ، من التأمينات التى كانت تضمن حقه • بيد أن من شأن القول بعدم جواز حلول الكفيل محل الدائن ضد الحائز ، التفرقة فى حكم هذه المادة ، بين الرهون المُثقلة لعقارات لاتزال تحت يد المدين ، وتلك التى كانت تثقل عقارات انتقلت ملكيتها إلى آخرين • ليكون بوسع الدائن ، عندئذ ، ودون ما جزاء ، أن يعرّض للخطر

---

(١٠٠) فى هذا المعنى : كابو ص/١٠٠ ، ١٠١ بند / ٨١ ، مارتى ورينو المرجع السابق ص / ١٩٧ هامش / ١ والاحكام المشار إليها فيه •
وقارن ، بون وماركاديه (أشار اليهما كابو بند ٨١) حيث يريان أن الكفيل يكون مدينا تابعا ، فى علاقته بالمدين المباشر ، لكنه يكون مدينا أصليا فى علاقته بالحائز •
(١٠١) راجع كابو ص / ١٠١ بند / ٨١
(١٠٢) فى هذا المعنى : فينيه ، أشار اليه كابو ص / ١٠٢ بند / ٨١
(١٠٣) راجع فى هذا المعنى :
MOULY (chr): Les causes d'extinction du cautionnement. Paris 1979 No 390 ets ,
كابو ص /١١٧ بند ٨٨ ، مارتى ورينو المرجع السابق ص /٢٠٦ هامش / ٣

الطائفة الثانية من الرهون . فيما يترتب على إضاعته للطائفة الأولى ... بها ، إعفاء الكفيل . وهى تفرقة لاتجد لها من أساس فى هذا النص (١٠٤)

الاتجاه الثانى : التسوية بين الحائز والكفيل :

٤٢) أنصار هذا الاتجاه حاولوا أن يأخذوا ، فى المشكلة محل البحث ، حلا وسطا . فرأوا - مستندين إلى ما لكل من الحائز والكفيل من حق متساو فى الحلول - أن يقسم الدين بينهما . فيما يعنى أن من يفى منهما لايكون له أن يرجع على الآخر بدعوى الحلول رجوعا كاملا ، وإنما فقط بنسبة نصيبه فى الدين (١٠٥) . وفى خصوص الكفالة العينية يكون هذا التقسيم بنسبة قيمة عقار كل منهما إلى عقار الآخر (١٠٦)(١٠٧)

الاتجاه الثالث : تفضيل الكفيل :

٤٣) غير أن هذه التسوية التى قال بها أنصار الاتجاه السابق ، قد تعرضت للنقد الشديد من جانب الغالبية العظمى من الشراح ، الذين رأوا - على العكس وجوب تفضيل الكفيل على الحائز (١٠٨) . مستندين فى ذلك إلى عدة أسس :

---

(١٠٤) فى هذا المعنى : كابير بند / ٨٣ ص / ١٠٤ ، ١٠٥

(١٠٥)(١٠٦) أشار لهذا الاتجاه كابوس /١٠٣ بند / ٨٢، وينسبه د . سليمان مرقس (ص / ٢٣٨ هامش / ٤) إلى دى هلتس .

(١٠٧) مادامت قيمة هذا وذاك ، لاتتجاوز الدين ، والا اعتبرت ، فى التقسيم، مساوية له .

(١٠٨) أنظر مثلا : كولان وكابيتان ودى لامور انديير ، المرجع السابق ص/٨٢٤ بند / ٩٨٣، جوسران ، المرجع السابق ص/ ١٠٤٨ ومابعدها بند /١٩٤٩ ، مارتى ورينو المرجع السابق ص/٢٠٥ ومابعدها بند /٣٣٤ ، مازو وشاباس المرجع السابق ص/٤٨ ومابعدها بند / ٣٩ ، ص/٢٧١ بند / ٢٦٢ ، أوبرى و رو المرجع السابق جـ/٤ ق ٣٢١ ص/٢٨٩، ٢٩٠ والهوامش ٨٤ ، ٨٥، بلانيول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ص /٥٢٨ ومابعدها بند /١١٨٣ .

DEMOLOMBE(C): Traité des contrats To. 4 éd. 1872 P. 581 et s. No: 649 ets ; VOIRIN(P) note sous Req 16/3/1938 D 1939-1-41

١ ـ عدم دقة التسوية بين مركز الحائز ومركز الكفيل العينى ، فالأول خلف خاص للمدين (١٠٩) ، بينما لايعدُّ الثانى أن يكون سوى مجرد مسئول تبعى . لايصح أن يتحمل عبء الدين الا اذا كانت الأموال التى رُهنت فيه ، من جانب المدين ، غير كافية (١١٠) . ومن تم يكون " الأولى بتحمل تبعة إعسار المدين هو الحائز ، خلفه ، وليس الكفيل " (١١١) .

٢ ـ تفضيل الكفيل على الحائز ، هو الحل الذى يطابق نية المتعاقدين (الدائن والكفيل) الحقيقة : فالكفيل عندما قدم كفالته ، لم يعتمد فقط على الرهون التى كانت موجودة (١١٢) ، على أموال للدين ، كضمان للدين ، قبل الكفالة ، وإنما هو يعتمد أيضا على كل مايُحتمل أن ينشأ منها فى المستقبل (١١٣) . لقد كان قصده ، وبوضوح ، أن يتحمل أقل مايُمكن من الأخطار ، وبالتالى أن يُفيد من كل المزايا التى يمكن

---

(١٠٩) فى هذا المعنى MESIRE(j): La pluralité d'obligés accessoires. Rev. Trim. 1981 P.19 No 35
كايو ص /١٠٣، ١٠٤ بند / ٨٣ ، ص /١١٧ بند /٨٨/

(١١٠) فى هذا المعنى : كايو ص / ١٠٤ بند / ٨٣ ، أو هو ـ على حد وصف البعض مدين تابع ، مخصص فقط لستر عجز المدين الأصلى . بيد أن هذا الأخير بالفرض ، يكون فى النهاية غير عاجز ، بناء على أثر الرهن والحق فى التتبع الذى يضمنه راجع ميستر ، المقال سابق الاشارة ص / ١٩ بند / ٣٥

(١١١) كايو ص / ١٠٤ بند / ٨٣ ، وأنظر ايضا نفس المؤلف ص / ١١٧ بند /٨٨

(١١٢) وهو اعتماد مشروع ، لايجب أن يكون من شأن التصرف فى العقار أن يُحبطه .
راجع ميستر ص / ٢٠ بند / ٣٥

(١١٣) فى هذا المعنى ، كايو ص / ١٠٥ بند / ٨٣

أن تترسب للدائن في المستقبل (١١٤)

٣ - أن التسوية في الحكم ، في هذا الشأن ، بين الرهون السابقة على الكفالة والرهون اللاحقة عليها ، تؤيده فكرة الحلول ذاتها ، وفن الرهن نفسه :

فالكفيل الموفي ، بحلوله محل الدائن ، يكون له - قانونا - حق هذا الأخير بحالته لحظة الحلول (١١٥) • ومن جهة أخرى ، فإن الحقوق الرهنية تكون ، منذ نشأتها ، بناءًا على الخاصية العينية للرهن ، ثابتة أو راسخة على الشيء المرهون • ومن ثم محمية ضد أي تغيير يمكن أن يحدث في ملكيته • وهذا الرسوخ هو الذي يكفل للدائن المرتهن ، إذا ما تصرف المدين في هذا الشيء ، أن يتتبعه بحقه تحت أي يدٍ يكون • بيد أن الكفيل ، له ، هو نفسه ، على العقار الذي رُهن بعد كفالته ، حق ، قد يكون افتراضيا أو كامنا لغاية اللحظة التي يحل فيها محل الدائن ، هذا صحيح ، لكنه يوجد بحالته هذه من لحظة نشوء هذا الرهن • وهذا الحق يجب أن يكون له - بدوره - نفس الرسوخ أو الثبات ، بحسبان الكفيل " دائنا مرتهنا معلقا (en puissence) • ولا يكفل هذا الرسوخ أو الثبات إلا القول بعدم الاحتجاج عليه بتصرف المدين في هذا العقار إلى الحائز (١١٦) •

٤ - أن تفضيل الكفيل على الحائز ، هو - من بعد كل هذه الاعتبارات القانونية والفنية - الحل الذي تُمليه العدالة • فأحد أمرين في الحقيقة

---

(١١٤)(١١٥) في هذا المعنى كايو ص / ١٠٥ هامش / ١

(١١٦) ڤواران ، التعليق سابق الإشارة

إما أن الحائز قد اكتسب ملكية العقار معاوضة ، أو اكتسبها تبرعا .

في الحالة الأولى يكون بإمكانه أن يطمئن إلى حقوقه ، دون حاجة إلى الرجوع على الكفيل ، بأن يستعمل مايخوله له القانون من حق تطهير العقار من الرهن . فإذا هو لم يفعل ، ومن ثم أوفى الدين ، يكون قد قصّر ، فلا يصح أن يلومنّ إلا نفسه . ولايسوغ أن يتحمل الكفيل (الذي لايملك بالفرض هذه الرخصة) تبعة هذا التقصير [(١١٧)] . أما في الحالة الثانية ، فإنه يكون من شأن تفضيل الحائز على الكفيل ، تمكين الأول من الإثراء إضرارا بالثاني [(١١٨)] .

الوضع في مصر

٤٤) هذا الاتجاه الأخير هو مايسلم به الفقه في مصر [(١١٩)] ، وعلى نفس الأسس تقريبا .

وفي الحقيقة فإنه يمكن أن يجد له ، عندنا ، سندا قويا ، فيما تقضي به الفقرة / ٢ من المادة / ١٠٨٠ التي تنص على أنه : " ويحل (أي الحائز) محل الدائنين الذين وفّاهم حقوقهم . وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدّمها المدين ، دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين "

---

(١١٧) في هذا المعنى : ميستر ، المقال سابق الاشارة ص / ٢٠ بند / ٣٥ ، مازو (هـ.ل.جـ) وشاباس ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ ، وكذلك الفقه المشار اليه في الهامش التالي (١١٨) .

(١١٨) في هذا المعنى : كايو ص / ١٠٦ بند / ٨٣ ، ص / ١١٧ بند / ٨٨

(١١٩) أنظر مثلا : د. السنهوري ص / ٢١١ ، ٢١٢ بند / ٨٢ ، د . محمد علي إمام ص / ١٦٨ بند / ٩٨ ، د . حسام الأهواني ص / ٧٠٧ بند / ٥٨٤ ، وقارن ، مع ذلك ، د . سليمان مرقس ص / ١٣٣ بند / ١٦٣ الذي يبدو رأيه غامضا ، حيث يشير إلى هذا الاتجاه على أنه الرأي الذي يأخذ به معظم الشراح في مصر .

المبحث الثانى

مدى خضوع الكفالة العينية للأحكام المتعلقة بالكفالة

مطلب تمهيدى

هل يصدق على الكفالة العينية مفهوم الكفالة بالمعنى الصحيح؟

اختلاف الاتجاهات ، تقسيم .

٤٥) إن تساؤلا مثل هذا كان ولابد أن يثور فى الذهن مع هذا النوع من التأمينات موضوع الدراسة . والإجابة عليه هى ولاشك مدخل ضرورى قبل الخوض فى تفاصيل هذا المبحث . وفى شأنه ، يؤكد بعض الشراح الفرنسيين (١) ومعهم بعض الشراح المصريين (٢) ، أن مايسمى بالكفالة العينية ليس كفالة بالمعنى الصحيح . لأن جوهر الكفالة تعهد شخصى ، بينما الذى يحدث فى هذا النظام أن شيئا من الأشياء هو الذى يكون مثقلا بالضمان ، أو بعبارة أخرى " هو الذى يلتزم " (٣) ، ولذلك فإنهم يعتبرون تشويها للفظة الكفالة إطلاقها على تأمين عينى (٤) . ويرون مع بعض الفقه البلجيكى فى التعبير " كفالة عينية " تعبيرا يجمع فى ذاته تناقضا بين الوصف والموصوف (٥) . ويخلصون من ذلك ، مع بعض الأحكام القضائية القديمة - إلى أن أيا من

(١) أنظر الفقه المشار إليه لاحقا هامش / ٣ الى ٧

(٢) د . السنهورى ص/ ٢٠ بند/١١ ، د . محمود جمال الدين ذكى ص/٣٣ بند / ١٣ .

(٣) جيوار ، بودرى لاكانتينرى ودى لوينز ، إشار إليهم جُرُوا هامش /٢١

(٤) SIMLER(Philippe): j.cl. civ. sous cautionnement Fasc.A No 8 et s. art: 2011-2020

(٥) دى باج وديكرز ، أشار إليهما جُرُوا هـ / ١٩

قواعد الكفالة لايمكن أن يكون قابلا للتطبيق على مايسمى بالكفالة العينية (٦)،(٧) .

٤٦) غير أن هذا النفي القاطع ، لم يرُق لجانب آخر من الفقه ، رآه يُسرف في المبالغة ، حيث يتجاهل أوجه تقارب بين الكفالتين لايمكن إغفالها (٨) .

ويخلصون إلى أنه ليس ثمة مايمنع من اعتبار الكفالة العينية كفالة ، بالمعنى الواسع لهذا اللفظ . مادام فيها ، هي الأخرى ، شخص يضمن دين غيره (٩) ، وعلى أساس من هذا الضمان يقبل الدائن أن يتعامل مع المدين (١٠) ، صحيح أنها ليست هي الكفالة الحقيقية بالمعنى الذى قصده المشرع في الباب الخاص بالكفالة كتأمين شخصي ، " لكنها يمكن - على الأقل - أن تعتبر نوع خاص منها " (١١) وليس معنى أن المجموعة المدنية لم تتبصر ، ومن ثم تنظم إلا الكفالة الشخصية ، أن تكون هذه الطريقة لضمان دين الغير هي وحدها

---

(٦)،(٧) أنظر فى هذا الاستخلاص ، وفى أمثلة عليه ، لوران ، المرجع السابق ص/١٦٠ ومابعدها بند/١٥١ ، وانظر ايضا احكام النقض القديمة المشار اليها فى كابيو ص/١١ بند/٨ وهامش/١ .

(٧) ويؤكد نفس هذه النتيجة ، بعض الشراح المصريين ، انظر د. محمود جمال الدين ذكى ص/٣٣ بند/١٣، أما د. السنهوري فبينما يؤكد (ص/٢٠ بند/١١) أنه يستبعد من نطاق الكفالة ، وهى تأمين شخصى ، الكفالة العينية، وأن التأمين ، في الكفالة العينية هو تأمين عيني / يعود - عندما يحدد الدفوع التى يمكن للكفيل العيني أن يتمسك بها فيؤكد أن له أن يتمسك بمايتمسك به الكفيل الشخصي ، قائلا (ص/٣٨١ بند/١٦٥) مانصه : " فهو لم يخرج عن كونه كفيلا يضمن دين الغير "

(٨) ففى كلٍّ منهما ، مثلا ، يضع أحد الاشخاص ائتمانه فى خدمة الغير . وتعهد الكفيل فيهما هو تعهد تابع لالتزام أصلى ، والعقد الذى يبرمه مع الدائن ، هو عقد مُلزم لجانب واحد ، جانبه هو ككفيل .

(٩) راجع ، قول بعض الشراح المصريين ، فى هذا المعنى ، أن الشخص الذى يعقد الرهن دون أن يكون مدينا ، يعتبر في علاقته بالمدين ، كفيلا لا [illegible] " د . [illegible] شحاتة النظرية العامة للتأمين [illegible] ١٩٥٣ [illegible] .

(١٠) [illegible]

(١١) [illegible]

الطريقة الجائزة تانونا (١٢) ٠

ودس تبسيط لاقتراب هذا النوع الخاص من الكفالة ، في جوهره ، من الكفالة الشخصية ، يضرب بعض أنصار هذا الاتجاه (ممن يرون في فكرة الالتزام العيني أساس مسئولية الكفيل العيني المحدودة) ، المثال التالي :

عندما يرهن شخص عقارا قيمته ١٠٠ ألف فرنك ، ضمانا لدين على غيره مقداره ٢٠ ألف ، ويكفل آخر - بذمة مالية تتضمن ١٠٠ ألف فرنك - دينا على غيره مقداره ٢٠ ألف ٠ عندئذ : يجد الدائن ، في الحالتين ، كضمان لدينه ، مبلغ ١٠٠ الف فرنك ، ويكون العقار المرهون ، في الفرض الأول ، ضامنا للدين بكل قيمته، كل مافي الأمر ، أنه بالنظر إلى أن العقار لايتمتع بالشخصية ، فإنه يتعين أن يكون هناك ممثل عنه ، يفيد من قواعد الكفالة أو يتحمل نتائجها ، هذا الممثل هو مايسمى بالكفيل العيني (١٣) ٠

٤٧) لكن بعض أنصار هذا الاتجاه الأخير ، يرون من غير الصحيح ، في المقابلة بين الكفالتين ، القول بأن الكفيل الشخصي يكون مسئولا بالدين ، فيما يكون الشيء في الكفالة العينية هو الذي يلتزم ٠ إذ الحقيقة أن الكفيل الشخصي لايكون مسئولا عن الدين بأكثر مما يقال بأن الشيء يكون مسئولا به في الكفالة العينية ٠ فكل من الكفيلين يكون عرضة لمسئولية أو خاضعا لقهر ، دون أن يكون مدينا حقيقة ٠ والقهر في الكفالتين يكون

(١٢) " فالكفالة لاتزال ، حتى مع هذا التنظيم ، عقدا رضائيا ، تنشئه الإرادة المشتركة للمتعاقدين ٠ هذه الارادة التي تستطيع - في ظل مبدأ حرية الاتفاقات - أن ترتضي هذا النوع من الكفالة المسمى بالكفالة العينية" كابو بند / ٨ ص / ١٤

(١٣) انظر كابو ص / ١٣ بند / ٨

على نفس الأمر ، وهو وفاء الدين ، الذي يختلف فقط هو وسيلة هـــــــذا

القهر • ففي إحدى الكفالتين يكون بوسع الدائن أن يمارس سلطة القهر على

أي مال للكفيل ، فيما لا يتعلق التهديد ، في الأخرى ، إلا بمال محدد (١٤) •

٤٨) وفي القضاء ، سبق لبعض المحاكم ذكر الكفالة العينية (١٥) • كما سلمت

محكمة النقض الفرنسية ، في حكم حديث لها ، للكفيل العيني ببعــــض

المزايا المقررة في القانون للكفيل الشخصي (١٦) •

٤٩) وفي مصر ، يرى بعض الشراح ، أن الكفالة العينية تنطبق عليها في الأصـــل

قواعد الكفالة (١٧) • فيما يفضل البعض الآخر القول ، بأنه يسري عليهـــا

أحكام الكفالة والرهن في نفس الوقت (١٨) •

ونعتقد ، من جانبنا ، أن الأدق ، هو القول ، بأن الكفالة العينية ، يسري

عليها من أحكام الكفالة ومن أحكام الرهن ما يتناسب وطبيعتها الخاصة •

وقد بينا ، في المبحث الأول ، مدى ما تخضع له الكفالة العينية من الأحكام

المتعلقة بالرهن ، فيبقى علينا الآن أن نعرض لمدى خضوعها للأحكـــــام

المتعلقة بالكفالة العادية • موزعين الدراسة في هذا الشأن ، على ثلاثـــة

مطالب ، على النحو التالي :-

---

(١٤) جروا بند / ٣١

(١٥) أنظر الأحكام المشار إليها في كابيو ص / ١٣ بند / ٨

(١٦) كالحق في التمسك ببراءة ذمته من طريق الدفع باضاعة الدائن للتأمينـــات طبقًا للماده ٢٠٣٧ ، انظر نقض ١٩٧٩/٣/٦ ، أشار إليه جروا هامـــش /٢٣ •

(١٧) د • شفيق شحاته / المرجع السابق ص /٦٧ بند / ٧٢

(١٨) د • سمير تناغو بند/٥ ص / ١٨ ، بند/٦ ص /٢٠ (وإن تحفظ في الموضع الأخير ، قائلا ، أنه لا تسري على الكفيل العيني ، أحيانا ، بعض أحكام الكفاله التي لا تتفق مع طبيعة مركزه) •

المطلب الأول

فى علاقة الكفيل العينى بالمدين

تمهيـــد :

٥٠) أوضحنا فيما تقدم ، أن الرأي الراجح في الفقه ... ، على ... ذلك الذى يقرب بين كل من الكفالتين ، الشخصية والعينية ولعل محتوى هذا المطلب يؤكد صحة هذا التقريب ·

ذلك أنه ، فى خصوص العلاقة بالمدين الأُصلى ، لايختلف كثيرا ، فى الواقع كفيل عينى عن كفيل شخصى ، وذلك أمر مفهوم · فحكم هذه العلاقة لايتوقف فى الحقيقة على نوع الضمان المقدم من قبل الكفيل · فما يهم المدين – على حد تأكيد بعض مؤيدى هذا التقريب – هو أن الكفيل قد يفى [١٩] · أما كيف ، وهل " نقدا ، أو يتحمّل إجراءات التنفيذ على أحد أمواله " [٢٠] فذلك أمر لاأهمية له بالنسبة له [٢١] ·

ونقدم فيما يلى ، بعض الأدلة المؤيدة لما قدمناه :

(أ) الكفيل العينى ، والرجوع على المدين بالدعوى الشخصية

٥١) تجعل المادة / ٨٠٠ ـ ١ مدنى مصرى ، والمادة/٢٠٢٨ ـ ١ مدنى فرنسى للكفيل الذى وفّى الدين ، أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عُقدت بعلمه أو بغير علمه " ·

والمشرع فى التشريعين كان يواجه الكفالة الشخصية ، هذا حقيقى · لكن

---

(١٩) ـ (1:1)
" Ce qui importe pour lui est que le créancier soit payé, mais peu lui importe la manière, que ce soit en espèces ou par l'abandon d'un de ses biens." GRUA No 44

المؤكد أن للكفيل العيني ، بدوره ، نفس الحق [٢٢] • فمبرر هذا الرجوع وهو الوفاء بدين الغير ، متوافر في شأنه • وما يقال في أساس الدعوى الشخصية هذه ، التي يرجع بها الكفيل ، وفي حدود هذا الرجوع [٢٣] يصدق على كل من نوعي الكفالة •

٥٢) على أنه ، فيما يتعلق بالمسألة الأخيرة ، يرى بعض الشراح الفرنسيين ، وجوب التفرقة — في حالة ما إذا كان الكفيل قد فضّل أن يحتفظ بعقاره المرهون فاختار أن يفي الدين نقدا — بين ما إذا كانت قيمة هذا العقار أكبر — أو على الأقل مساوية — للدين أو كانت أقل منه • ويؤكد أنه ، في الفرض الثاني ، يكون الكفيل قد تصرف كـ " فضولي" [٢٤] وأن الدعوى التي سيرجع بها " ستكون دعوى الفضالة " [٢٥] ، حكمه حكم الكفيل الذي تدخل ، بكفالته ، دون علم المدين لينتهي - تفريعا على ذلك ، إلى القول بوجوب خضوع الكفيل - عندئذ - لحكم المادة ١٣٧٥/ (الواردة في باب الفضالة) ، بمعنى ضرورة أن يثبت أن المبالغ التي دفعها للدائن ، كانت " مفيدة أو ضرورية " حتى يمكنه أن يرجع بها على المدين " [٢٦] •

---

(٢٢) راجع في هذا المعنى : جروا بند/ ٣٤ هامش /٤٤ : كابو ص /٨٦ بند/ ٦٧

(٢٣) راجع في هذه الأمور ، كابو ص /٨٢ وما بعدها بند /٦٦ ، وفي الفقه العربي محمود جمال الدين ذكي ص / ١٢٨ وما بعدها بند / ٦٧ •

(٢٤)،(٢٥) كابو ص / ٨٦ بند /٦٧ •

(٢٦) كابو ص / ٨٦ بند / ٦٨ •

وهذا الرأى هو - فى اعتقادنا - محل نظر . وقد انزلق إليه صاحبه على ما نعتقد - كنتيجة للإستطراد الذى بدأه من تصور يؤيده ، مفاده ، أنه فى الكفالة العينية - يكون العقار هو الملتزم بالدين ، وما الكفيل الا مجرد ممثل له . إذ يؤكد أنه " لا يعد بالإمكان هنا ، القول بأن الكفيل قد أوفى التزام العقار الذى يمثله ، مادام أنه قد أوفى بأكثر مما كان هذا العقار ملتزما به .. " (٢٧)

٥٣) ويبقى ، فى هذا الموضع ، أن الكفيل العينى ، يخضع ، بدوره ، ولنفس المبررات - إذا ما أراد الرجوع بالدعوى الشخصية - لما تقضى به المادة / ٧٩٨ مدنى مصرى والمادة / ٢٠٣١ مدنى فرنسى ، فى خصوص الكفالة الشخصية من ضرورة إخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا كان عرضة ، هو الآخر ، لنفس ما يمكن أن يتعرض له الكفيل الشخصى فى حالة عدم القيام بهذا الإجراء (٢٨) .

ب- الكفيل العينى والرجوع على المدين بدعوى الحلول (٢٩) .

٥٤) وللكفيل العينى ، كالكفيل الشخصى ، كذلك ، الحق فى الرجوع على المدين

---

(٢٧) كابو ص ، ٨٥ ، ٨٦ بند / ٦٧

(٢٨) هذا ، وعلى عكس ما يبدو أنه الرأى الراجح فى مصر ، يرى بعض الشراح الفرنسيين ، أن هذا الإخطار واجب على الكفيل العينى ، وجوبه على الكفيل الشخصى ، حتى ولو كان يريد الرجوع على المدين بدعوى الحلول . راجع فى هذا المعنى : كابو ص / ٩٠ بند / ٧٣ ، وقارن د . محمود جمال الدين زكى ص / ١٣٧ بند / ٦٨ (الذى يرى أن هذا الاجراء يكون غير واجب فى هذه الحالة) .

(٢٩) راجع فى تفاصيل هذه الدعوى ، كابو ص / ٨٨ ومابعدها بند / ٧١

بدعوى الحلول [٣٠] . وهو أمر مسلم به في الفقه والقضاء [٣١] . ويُقال ، في تبريره ، أحيانا ، أنه من غير العادل حرمان الكفيل العيني من هذا الحق حين أنه ، كالكفيل الشخصي ، يكون " مسئولا بالدين " [٣٢] [٣٣] .

ورغم تأييد جُرْوا لهذه النتيجة ، إلا أنه ينتقد هذا التبرير ، فعنده ، أن الكفيل العيني ليس بحاجة إلى " شفقة " [٣٤] ، حتى يُقال بأن له مثل هذا الحق لأن مثله ، مثل الكفيل الشخصي تماما ، يستمد حقه في الحلول القانوني من المادة ١٢٥١/ ـ ٣ مدني ، صحيح ـ هو يستدرك ـ أنه قد لايكون دقيقا ، القول ، بأن الكفيل العيني يكون " مسئولا " حالة عدم وجود التزام في الحقيقة يتحمل به . لكن الوضع نفسه هو أيضا وضع الكفيل الشخصي [٣٥] . فكل منهما يعاني قهرا دون دين . إنهما مجبران من أجل دين على الغير ، لامُلزمان بدين الغير . وإذا كان أحدهما (وهو الكفيل العيني) قد لايتحمل كلية الدين فإن هناك كفلاء شخصيين أيضا ، يُمكن أن تكون كفالتهم ، هم الآخرين ، " جزئية " لامطلقة [٣٧] .

---

(٣٠) م/٧٩٩ ، م/٣٢٦ مدني مصري ، وراجع ، من تطبيقات القضاء المصري (وإن كان في صدد كفالة شخصية) : نقض ١٩٦٨/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة/١٩ ص /١١٦ رقم/١٩ نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ نفس المجموعة السنة/ ١٩ ص / ٣٢٧ رقم / ٥١

(٣١) أنظر مثلا : جُروا بند / ٣٤ : كايو ص / ٨٧ بند / ٦٩ ، مولي (كريستيان) المرجع السابق ص / ٤٩٧ بند / ٣٩٢ ، ميستر (جاك) ، المقال سابق الإشارة بند / ١٦٠ ، ومن أحكام القضاء الفرنسي .
civ. 23/11/1954 BUI. civ. T.1 P. 339 No 331

(٣٢) أنظر كايو ص / ٨٧ بند / ٦٩ ، ميستر (ج) بند / ١٦٠ ، مولي ص /٤٩٧ بند / ٣٩٢ .

(٣٣) ميستر ، مولي سابقي الإشارة

(٣٤) إلى (٣٧) جروا بند / ٣٤

(ح) الكفيل العيني والرجوع على المدين بالدعوى الشخصية لتخليصه من الكفالة، أو لضمانه (في القانون الفرنسي)[٣٨].

٥٥) وفضلا عن الدعوى الشخصية، ودعوى الحلول، التي تفترض، كل منهما، أن يكون الكفيل قد أوفى الدين، تتضمن المجموعة المدنية الفرنسية حكما لا مقابل له في القانون المصري، ورد النص عليه في المادة/٢٠٣٢ ومقتضاه أن للكفيل أيضا - في حالات استثنائية محددة - أن يبادر بالرجوع على المدين (بدعوى شخصية) حتى قبل أن يكون قد سدد الدين[٣٩]، وذلك لإلزامه "بتخليصه"[٤٠] من الكفالة أو "بضمانه" ضد الحكم الذي يوشك أن يتحمله أي الذي سيستصدره الدائن ضده[٤١] [٤٢].

---

(٣٨) راجع في هذا الشأن: جوسران، المرجع السابق ص/٨١٢ بند/١٤٩٥، كولان وكابيتان ودي لاموراندبير ص/٨٢٥ ومابعدها بند/ ٩٨٦، كايو ص/ ٩٠ ومابعدها بند /٧٤.

(٣٩) ويرى الفقه الفرنسي أنها تتأسس أيضا على فكرة الوكالة أو الفضالة، على حسب الأحوال، راجع مثلا: كولان وكابيتان ودي لاموراندبير، المرجع السابق ص/ ٨٢٥ بند/١٩٨٦، وراجع في تطبيق قضائي لهذا النص، :(Cass. 24/3/1980 D1980-1.R-P.325)

(٤٠)، (٤١) كولان وكابيتان ودي لاموراندبير، الاشارة السابقة.

(٤٢) فهذا النص يجري على النحو التالي :-

" للكفيل - حتى قبل أن يكون قد أوفى - أن يرجع على المدين، قصد أن يكون معوضا منه (pour être par lui indemnisé) :

١) حينما تكون دعوى الوفاء قد رفعت عليه.

٢) حينما يكون المدين قد أفلس أو أعسر.

٣) حينما يكون المدين قد التزم بأن يحله من تعهده، في وقت معين.

٤) حينما يكون الدين قد أصبح مستحقا بحلول أجله

٥) في نهاية عشر سنوات، إذا لم يكن للإلتزام أجل محدد لاستحقاقه ....."

٥٦) وحول ما إذا كان الكفيل العيني يمكنه أن يستفيد ، بدوره ، من هذه الميزة ، أم لا ، اختلفت وجهة نظر الشراح الفرنسيين :

فقد رفض البعض تطبيق هذا النص على الكفالة العينية ، تأسيسا على ما للضمان المقدم من جانب الكفيل من صفة تبعية تستوجب القول ببقائه مابقى الإلتزام الأصلى ، مالم يكن هناك اشتراط مخالف ، وأنه إذا كان المشرع قد خرج على هذا الأصل ، فى النص السابق ، بشأن حالات استثنائية محددة ، فإن النصوص الاستثنائية ، لايصح التوسع فى تفسيرها (٤٢) ٠

أما البعض الآخر ، فقد رأى أن الكفيل العينى يستحق ـ بدوره ـ هذه الحماية (٤٣) التى يقررها المشرع ، بالفرض ، لمن يتعهد من أجل دين على غيره ٠ وأنه من الظلم حرمانه من هذه الميزة ، ومبررها متوافر فى جانبه هو الآخر (٤٤) ٠ هذا إلى أن وجهة النظر العكسية كانت لتفهم لو أنه كان يترتب على تطبيق هذا النص على الكفيل العينى ضرر يلحق بالدائن ، حين أن الأمر بعيد عن ذلك تماما ٠ فالهدف الأساسى من مبادرة الكفيل بهذا الرجوع ، هو التوصل إلى تخليصه من عبء كفالته ، بمعنى شطب قيد الرهن الذى ورد على العقار (فى الكفالة العينية) ٠ بيد أن الدائن لن يقبل هذا الشطب ، إلا إذا استوفى حقه من المدين ، بما يعنى أن النتيجة ستكون ـ على العكس ـ هى التعجيل بالوفاء ٠ أو على

---

(٤٢) رأى منسوب لـ بون ، أشار إليه كابو ص / ٩١ بند / ٧٥

(٤٣) رأى منسوب لـ : تروبلونج ، سونسو ، واللوز ، أشار اليهم كابو ص / ٩١ بند / ٧٥ (وهو ـ بدوره ـ من نفس الاتجاه)

(٤٤) ٠ كابو ص / ٩٢ بند / ٧٥

الأقل ، إلا إذا حصل (أي الدائن) على ضمانات جديدة ، إذا كان المدين غير قادر إذ ذاك على السداد ، وعندئذ فلن يكون هناك من شيء يخسره "[45]

ويؤكد غالبية أنصار هذا الاتجاه الأخير ، قابلية النص سابق الاشارة للتطبيق على الكفيل العيني ، حتى ولو كانت كفالته قد تمت دون علم المدين " لأن الشخص الذي يؤدى ، مختارا ، خدمة لغيره ، دون أن يكون مستحقا عليها يستحق نفس الميزة التي يستحقها شخص تعهد بناءً على رجاء المدين"[46] .

ولا يستثنون من إمكان تطبيقه ، إلا حالة ما إذا كانت الكفالة قد تمت بالرغم من معارضة المدين . لأنه من غير السائغ ، عندهم ، " أن يتحمل هذا الأخير مساوىء تصرف اعترض عليه"[47]

---

(٤٥) كابو ص /٩٢ بند / ٧٥

(٤٦)،(٤٧) كابو ص / ٩٣ بند / ٧٥

المطلب الثانى

فى علاقة الكفيل العينى بالدائن

٥٧) كذلك ، فإنه من حيث العلاقة بالدائن ، لاتختلف الكفالة العينيه كثيرا عن الكفالة العادية (الشخصية) ، بل تنطبق عليها ، تقريبا ، نفس قواعد هذه الأخيرة ، سواء تلك التى تتعلق بشروط صحة التزام الكفيل ، أو تلك التى تنظم إعمال هذا الالتزام :

أولا : من حيث القواعد التى تحكم شروط صحة التزام الكفيل :

٥٨) تنطبق هذه القواعد ، فى نفس الحدود تقريبا ، على الكفيل العينى :

- فهذا الأخير يجب أن تتوافر فيه ، بدوره ، أهلية التبرع (٤٨) ، لأنه " عادة ، لاينتفع شخصيا بالرهن الذى يقدمه ضمانا للوفاء بدين" (٤٩) ، المدين ، وإنما " ينفع المدين " (٥٠) بهذا الرهن (٥١) .

- من جهة أخرى ، فإنه بالنظر لثبوت خاصية التبعية للإلتزام المكفول للكفالة العينية ، ثبوتها للكفالة الشخصية (٥٢) ، فإنها لاتكون ، بدورها " صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا (٥٣)،(٥٤) .

---

(٤٨) فى هذا المعنى كايو ص ٣٣، ٣٤ بند/ ٢٤ ، وضمنا جروا بند / ٣٦ ودكتور السنهورى ص /٣٤٥ بند / ١٥٤

(٤٩)-(٥١) د . السنهورى ، الإشارة السابقة .

(٥٢) راجع من تطبيقات القضاء المصرى ، فى هذا الشأن : نقض ١٨/٢/٨٠ المجموعة السنة ٣١(ع/١) ص/٥٣٤ رقم/١٠٤ ، نقض ١٥/٣/١٩٧٦ المجموعة السنة ٢٧ ص /٦٣٧ رقم/١٢٧ . وقد اكدت محكمة النقض على أن التزام الكفيل يظل بحسب الأصل - تابعا للالتزام الأصلى ، ولايقوم من ثم إلا بقيامه ، رغم أن كفالة المدين تجوز بغير علمه ورغم معارضته ، أنظر نقض ٢٨/١٢/١٩٧٢ المجموعة السنه ٢٣(ع/٣) ص/١٤٨٧ رقم/٢٣٢

(٥٣) م/٧٧٦ مدنى مصرى ، م/٢٠١٢-١ مدنى فرنسى

(٥٤) راجع كايو ص /٣٥ بند/٢٥ ، د/١٨ بند/١٤ ، وانظر من تطبيقات القضاء المصرى ، نقض ٢٨/١٢/١٩٧٢ سابق الإشارة .

وهي الأخرى . تتعرض لنفس المصير لو أن هذا الإلتزام كان باطلا ، أو قابلا للإبطال وأبطل (٥٥) . كما أنها ، لاتجوز ، بدورها ، " في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولابشروط أشد من شروط الدين المكفول "(٥٦)،(٥٧).

- فقط يتحفظ ، في هذا الشأن ، بعض الشراح ، حين يتعلق الأمر بكفالة التزام ناقص الاهلية . وأساس تحفظه ، أن صحة كفالة مثل هذا الالتزام كفالة شخصية ، المقررة بالمادة / ١٠١٢-٢ مدني فرنسي (٥٨) ، تقوم على أساس من أن تعهد الكفيل يعتبر نوعا من التعهد عن الغير (٥٩) ، حين أن مثل هذا التحليل لايصدق في حالة الكفالة العينية ، لأنه في التعهد عن الغير ، يضمن المتعهد ، تعهده ، بذمته المالية كلها ، فيما لايضمن الكفيل العيني تعهده إلا بأحد أمواله (٦٠)

---

(٥٥) في هذا المعنى : كابيو ص /١٨ بند / ١٤ ، د . السنهوري ص / ٣٨٠ بند / ١٦٥ ، د . شفيق شحاتة ص / ٦٧ بند / ٧٢ (حيث يؤسسه على أن الرهن الصادر من الكفيل يلحق دين المدين باعتباره وصفا من أوصافه).

(٥٦) م/ ٧٨٠-١ مدني مصري ، م/٢٠١٣ مدني فرنسي ، راجع كابيو ص/٣٥ بند/ ٢٥ ص/١٨ بند / ١٤

(٥٧) وكفالة الالتزام الطبيعي كفالة عينية ، غير جائز أيضا ، تماما كما هو الحال في الكفالة الشخصية . راجع في هذا المعنى : د . شفيق شحاته ص/٦٧ بند / ٧٢ .

(٥٨) ويقابلها في مصر ، نص المادة /٧٧٧ التي تقضي بأن :" من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهليه ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول "

(٥٩) Promess de porte- Fort ، راجع جروا بند / ٣٦ سيملر ، تحت المواد ٢٠١١ - ٢٠٢٠ (j.cl.civ.Fasc B.1 No 72) د . محمود جمال الدين ذكي ص /٦٣ بند / ٣٥

(٦٠) في هذا المعنى : جُروابند / ٣٦ ، وقارن ، مع ذلك ، بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق بند / ٣٣٦ ، د . شفيق شحاته ص / ٦٨ بند / ٧٢(الذي يؤكد أن الكفالة العينية الصادرة لضمان دين ناقص الأهلية ، بسبب نقص أهليته ، تعتبر صحيحه ، قياسا على الكفالة الشخصية.

ثانيا : من حيث القواعد التي تحكم إعمال الكفالة :

٥٩) ولاتختلف ، تقريبا ، في هذه القواعد بدورها ، الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية ، نظرا لصفة التبعية للالتزام الأصلي . التي تثبت لها هي الأخرى كما قدمنا ، بما يجعل قيامها وبقاءها ، كقيام وبقاء الكفالة الشخصية رهن قيام الالتزام الأصلي (٦١) وبقائه (٦٢) ، ويتفرع على ذلك :-

٦٠) أن يكون للكفيل العيني - بدوره - ماللكفيل الشخصي من حق في أن يتمسك في مواجهة الدائن ، بجميع الأوجه التي يمكن للمدين الأصلي أن يتمسك بها ، أو بعبارة أخرى ، بجميع الدفوع التي تكون مرتبطة بالدين (٦٣) ، كبطلانه مثلا أو انقضائه ، لأي سبب (٦٤) .

---

(٦١) راجع ، من تطبيقات القضاء المصري (في كفالة شخصية) نقض ٧٢/١٢/٢٨ المجموعة السنة٢٣ (ع/٣) ص /١٤٨٧ ص /٢٣٢ ، حيث فرعت المحكمة على الصفة التبعية لالتزام الكفيل ، أن هذا الالتزام لايقوم إلا بقيام الالتزام الأصلي .

(٦٢) كذلك يؤكد بعض الشراح ، أن حدود أثر علاقة الكفيل العيني بالمدين، على تعهده في مواجهة الدائن ، هي نفس حدود هذا الأثر ، فيما يتعلق بالكفالة الشخصية . راجع : جروا بند / ٣٦ : وانظر في تطبيق لذلك :
cass. 8/11/1972 D 1973 - 753 et note MALAURIE

، وانظر في تفاصيل هذا الموضوع
REMOND-GOUILLOUD(M). L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement. j.c.p 1977 -1- doct- 2850

(٦٣) في هذا المعنى جروا بند/ ٣٦ ، د . السنهوري ص/ ٣٨٠، ٣٨١ بند/ ١٦٥ ، د . محمد علي إمام ص /١٦٦ بند/ ٩٦ ، ومن تطبيقات القضاء المصري (في كفالة شخصية) نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ سابق الإشارة .

(٦٤) وقد قضي تبعا لذلك ، وتطبيقا للمادة/١٢٨٧-١ مدني فرنسي(التي تقضي بأن الابراء ... الممنوح للمدين الاصلي يعفي الكفلاء" بأن للكفيل العيني أن يتمسك بإبراء الدائن مدينه الأصلي : انظر
Nancy 1/3/1932 D 1933-2-1 et not VOIRIN (P)
أما في مصر ، فنفس الحكم يمكن أن يستخلص من عموم صياغة المادة ١-٧٨٢ التي تقضي بأن يبرأ الكفيل بمجرد براءة ذمة المدين "

وهو ، في تمسكه بهذه الدفوع يستعمل كالكفيل الشخصي - حقا خاصا به ، لاحق المدين (٦٥)،(٦٦) ٠ ولذلك ، فإن هذا الحق يبقى له - بدوره - ولو لم يتمسك المدين بهذه الدفوع ، أو تنازل عن حقه في التمسك بها في مواجهة الدائن (٦٧) ٠

٦١) وللكفيل العيني ، كذلك ، أن يتمسك بالأوصاف المتعلقة بالدين المكفول وبخاصة الأجل الذي يمكن أن يكون قد أضيف إليه هذا الدين (٦٨) ٠ وهو لايباشر - بداهة - بتسبّب المدين في سقوط مثل هذا الأجل (٦٩) ، إذ لايجوز أن يتحمل تبعة خطأ لم يرتكبه ، حين أنه بالفرض قد تدخل قصدا إسداء خدمة أساسا ٠ كما يمكن أن تسند هذا الحكم أيضا ، حقيقة أن الكفالة هي" عملية مركبة ، تربط بين أشخاص ثلاثة ، ولايمكن لأحدهم ، أو لاثنين منهم ، أن يُسوءا مركز الثالث " (٧٠) ٠

---

(٦٥) وهو ما تؤكده، في مصر ، صياغة المادة ، ٧٨٢ـ١ التى تقضي بأن :
" له (أي الكفيل) أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين " وفى نفس المعنى تقريبا نص المادة /٢٠٣٦ - ١ مدنى فرنسى ٠

(٦٦) راجع فى هذا المعنى (فيما يتعلق بالكفالة العادية) : لوران ، المرجع السابق جـ / ٢٨ ص / ٢٩٦ بند / ٣٠٠ ، بودرى لاكانتينرى وڤال ، المرجع السابق جـ / ٢١ ص ، ٤٦٨ بند /٩٥٤ ، د ٠ السنهوري ص / ٣٨٠ ، ٣٨١ بند / ١٦٥ ، د ٠ محمود جمال الدين ذكى ص / ٩٦ بند / ٤٩

(٦٧) فى هذا المعنى : د ٠ السنهورى ص ، ٣٨٠ ، ٣٨١ بند / ١٦٥

(٦٨) فى هذا المعنى : جروا بند / ٣٦ ، هذا ويُلاحظ أن بإمكان الكفيل أن يعلّق التزامه على شرط أن يمنح الدائن المدين أجلا للوفاء بدينه ٠ راجع فى هذا المعنى : د ٠ محمود جمال الدين ذكى ص / ٧٥ بند / ٤١ وحكم استئناف ليون الذى يشير إليه فى هامش / ١٩ ٠

(٦٩) راجع فى هذا المعنى : جروا بند / ٣٦ : وراجع فى الفرض العكسى (وهو فرض تسبب الكفيل فى إسقاط الاجل بإضعاف التأمين ، وأثر ذلك على الأجل بالنسبة للمدين) سابقا بند / ١٩ ٠

(٧٠) راجع ٠ محمود جمال الدين ذكى ص/٩٩ بند /٥٣ نقلا عن دى باج اشار إليه هامش / ٧

٦٢) وإذا كان يجوز للكفيل العينى - طبقا للقواعد العامة فى الكفالة - أن يفيد من حيث الأصل ، من كل اتفاق يقبل الدائن بمقتضاه تخفيف عبء الدين المكفول (٧١) ، إلا أن المشرع الفرنسى كان ، على مايبدو ، ينطلق من اعتبار أن رضاء الدائن بإطالة الأجل الذى كان الدين قد أضيف إليه أصلا ممّا يمكن أن يضر الكفيل (لما يحتمل معه أن يصبح المدين غير قادر على سداد الدين فى الأجل الجديد ، بعد أن كان بوسعه السداد قبله) ، حين قرر فى المادة / ٢٠٣٩ ، بأن الكفيل (الذى لن يُعفيه ، بالفرض ، مجرد هذه الإطالة) يستطيع ، فى هذه الحالة ، أن يرجع على المدين ، لجبره على الوفاء للدائن (٧٢)،(٧٣) .

---

(٧١) راجع فى هذا المعنى (فى صدد الكفالة الشخصية) د . محمود جمال الدين زكى ص / ٧٤ بند / ٤١ .

(٧٢) فهى تجرى على النحو التالى :-
" La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution , qui peut , en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement " .

(٧٣) ويبدو أن العادة أصبحت تجرى فى فرنسا ، على أن تتضمن عقود الكفالة شرطا ، يحظر على الدائن منح مهل جديدة للمدين ، وإلاّ فقد كل حق له فى الرجوع على الكفيل . راجع فى مثل هذا الشرط ، ومدى صحته :

DAGOT (M) De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur á peine de perdre tous ses recours contre la caution. j.c.p 1973-1-doct-2577

وراجع أيضا :

civ . 22/5/1973 j.c.p 1973-2-17572 et note DAGOT (M)

٦٣) وبدهي أن يكون للكفيل العيني ، كالكفيل الشخصي ، وطبقا للقواعد العامة نفسها ، أن يتمسك في مواجهة الدائن المرتهن ، بالدفوع المتعلقة بالعقد الذي أبرمه معه (٧٤) .

٦٤) وقد كان لسكن القول — من خلال نظرة مستقلة للمبادئ العامة للكفالة أن للكفيل العيني (كشخص غير مسئول بدوره عن دين غيره إلا بشكل تبعي) حق الدفع بالتجريد والدفع بالتجزئة (أو التقسيم) ، لولا أن بعض أحكام الرهن يبدو تتعارض مع ذلك ، على ما سنبينه ، في موضع لاحق (٧٥) .

٦٥) ويبقى أنه ، قد أصبح من المسلم به الآن (٧٦)

---

(٧٤) فيهذا المعنى : د . السنهوري ص / ٤٨١ بند / ١٦٥ : د . محمد على إمام ص / ١٦٦ بند / ٩٦ .

(٧٥) راجع لاحقا بند /

(٧٦) انظر مثلا :
كابيو ، خاصة ص /١٤٩ بند / ١٠٠ ، مولى ، المرجع السابق ص / ٤٩٧ بند ٣٩٢ ، ديبوى ، المرجع السابق ص /١٨٣ ، مازو (هـ . ل . جـ) وشاباس ، المرجع السابق ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢

BETANT- ROBET(S) : La décharge de la caution par application de l'article 2037, Rev. trim. 1974 P. 314 No 12

وضمنا : داجو مقال ١٩٧٣ سابق الإشارة بند / ٣ :

وفي القضاء الفرنسي

cass 27/4/1942 S 1942-1-144, cass 23/11/1954 Bul. civ. To. 1 P. 779 No 331 , cass 4/1/1973 Bul. civ. To.1 P.1 No 1 .

وفي مصر : د . السنهوري ص/٢٤٢ بند/١٠١ ، د . محمدعلى إمام ص/١٦٦ بند/٩٦ ، د . سمير تناغو ص / ٩٠ بند / ٣٦ ، وقرب د . محمود جمال الدين ذكي ص / ١٠٧ بند / ٥٣ ، وعكس ذلك : د . محمد كامل مرسى ص / ١٧٧ ، ١٧٨ بند / ١٤٩ ،

تقريبا [77] ، أن للكفيل العيني ، بدوره ، أن يتمسك بالحق ، المقرر صراحة في القانون للكفيل الشخصي ، وهو أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بعدم محافظة هذا الأخير على التأمينات التي كانت تضمن الوفاء بالالنرام المكفول [78][79]

---

(77) أما الفقه البلجيكي ، فإنه ، على العكس ، لايسلم بذلك ٠ أشار إليه بيتان روبيه ، المقال السابق ص /٣١٧ بند / ١٤ (ويشير في هامش / ٢٦ إلى كل من : دى باج ، وديكرز) وفي نفس هذا الاتجاه من الفقه المصرى . دكتور محمد كامل مرسى ص / ١٧٧ ، ١٧٨ بند / ١٤٩ ٠

(78) م/ ٧٨٤ـ١ مدني مصري ، م/ ٢٠٣٧ مدني فرنسي ، ويقرر نفس الحكم ايضا كل من : القانون البلجيكي ، واللوكسمبورجي ، الايطالي ، والاسباني ، والاتيوبي والسويسري ، والالماني ، والنمساوي ، والقضاء الانجليزي ٠ راجع في ذلك مولي المرجع السابق ص / ٤٩٣ بند / ٣٨٧ ٠
وراجع ، مع تطبيقات القضاء المصرى ، لهذا الحكم ، في صدد الكفالة الشخصية : نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ المجموعة السنة / ٢٠ ص / ١٠٥٠ رقم/ ١٦٣ ٠

(79) وكان الشراح الفرنسيون ، القدامى ، يطلقون على هذا الحق " الدفع بالتنازل عن الدعاوى : Bénéfice de cession d'actions
أشار لذلك : مولى ص / ٤٩٢ ومابعدها بند / ٣٨٦
وانظر في أصل هذا التعبير القديم : بيتان ـ روبيه المقال السابق ص/ ٣١٢ بند / ٧ ، مارتي ورينو ، المرجع السابق ج/ ٣ مجلد / ١ بند / ٥٦٢ ٠
كما لايزال البعض في الفقه الحديث يستخدم نفس التعبير ، انظر مثلا شيفالييه وباشن ، المرجع السابق ص / ٤٦٢ ٠
وانظر ، في تفضيل أن يطلق عليه تعبير الدفع بالحلول ، أو بالأولى ، الدفع بعدم الحلول: مولي ص / ٤٩٣ بند / ٣٨٦ ٠
SIMLER(ph). La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du code civile j.c.p 1975-I-doct-2711 no 4 note 4.

ودون دخول في تفاصيل ... يكون مفيد تكثيرا في هذا الشأن بعد أن استقر الأمر ... بحسب القول بأن ما كان يثور من خلاف في فرنسا، حول مدى ثبوت مثل هذا الحق للكفيل العيني كان يرجع في الحقيقة إلى اختلاف في تحليل الأصل التاريخي الذي استمد منه نص المادة /٢٠٣٧ التي قررت هذا الحق للكفيل (في باب الكفالة الشخصية). فقد كان البعض يعتقد، من هذا التحليل أن نشأة الحق في التجريد، للضامن، كانت هي الأساس لما أصبح يلتزم به الدائن، في القانون الروماني، من المحافظة على الضمانات التي تضمن حقه. ليخلص من هذا الفهم إلى أن من لا يملك من الضامنين الحق في التجريد، ومنهم الكفيل العيني، لا يمكنه أن يدفع بإضاعة الدائن للتأمينات (٨١).

وإذا كان البعض قد تمكن هذا أن يفند مثل هذا التحليل (٨٢)، إلا أن شكا كان يبقى حول ثبوت هذا الحق للكفيل العيني أساسه، ما قد يُرى من عدم جواز التوسع في تفسير المادة / ٢٠٣٧ بحسبانها نصا استثنائيا (٨٣). بيد أن الفقه والقضاء الفرنسيين، ما لبث حتى بدد هذا الشك، منذ

---

(٨٠) راجع في هذا الشأن: مولي الصفحات من ٤٩١ - ٥٢٣ البنود من / ٣٨٥ - ٤١٤، بيتان - روبيه، المقال سابق الإشارة، شيفالييه وباش المرجع السابق ص / ٤٦٢، ديبوى ص / ١٨٣.

SIMLER (ph) : note j.c.p 1975-2- 18182

(٨١) رأي منسوب لـ تروبولونج عرضه كابيو ص / ١٣٢ ومابعدها بند / ١٠٠، كما ينسب نفس الرأي لفقهاء آخرين، مولي ص / ٤٩١ بند /٣٨٥، وانظر أيضا الفقه الذي يشير إليه كل من: د. السنهوري ص / ٢٤٢ هامش / ٢ د. محمد كامل مرسي ص: ١٧٨ هامش / ٤.

(٨٢) راجع، كابيو ص / ١٣٣ ومابعدها بند / ١٠٠

(٨٣) أشار إلى وجود مثل هذا الشك، لدى البعض في الفقه الفرنسي، كابيو ص/١٤٥ بند /١٤٥ كما يؤكد بيتان - روبيه ص/٣١٧ بند /١٤ أن المحاكم الفرنسية رأت ذلك فعلا لوقت طويل. ويأخذ بوجهة النظر هذه في مصر /د. محمد كامل مرسي ص / ١٧٨ بند / ١٤٩.

وقت طويل (٨٤) ، وإن اختلفت وجهات النظر ، بعد ذلك ، حول أســـــاس الحكم المقرر بهذه المادة (٨٥) .

---

(٨٤) أشار لذلك ، كايو ص / ١٤٥ ومابعدها بند / ١٠٠ ، وانظر الأحكام القضائية العديدة التي أشار إليها في نفس الموضع .

(٨٥) راجع ، في عرض مفصل ، لمختلف الآراء التي قيلت في هذا الأساس : بيتـــان روبيه ص / ٣١٢ ومابعدها البنود من ٧ ـ ٩ ، وسيملر مقال ١٩٧٥ سابـــق الإشارة ، البنود من ٩ ـ ٢٣ .

وراجع في الآراء الخاصة ، في هذا الشأن :ـ

مازو (هـ . ل . جـ) وشابا س المرجع السابق ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ . سيملر مقال ١٩٧٥ سابق الإشارة بند / ٤ هامش / ٤ ، بيتان ـ روبيه ص / ٣١٣ بند / ٩ ، جوسران المرجع السابق بند /١٤٩٠ ، مارتي ورينو ، المرجع السابق جـ / ٣ بند / ٥٤٢ ص / ٣٣٦

HENDLER (R) . Le cautionnement , reine éphémère les suretés ? D 1961-chro- P.151

المطلب الثالث

فى العلاقة بين الكفلاء المتعددين

رجوع الكفيل العينى ، والموفى ، على غيره من الكفلاء)(٨٧)

(ا) فى فرض وجود كفيل عينى آخر ، مع الكفيل العينى)(٨٨)

٦٦) ويطلق الفقه ، بفرضنا من نفس الأفكار التى تحكم فرض تعدد الكفلاء الشخصيين ، حين يعرضون لحكم تعدد الكفلاء العينيين ، فيسلمون ، فى هذا الشأن أيضا ، بأن للكفيل العينى الذى أوفى أن يرجع على الكفيل العينى الآخر الذى رهن ماله فى نفس الدين ، وذلك بنسبة نصيبه فى هذا الأخير ،

---

(٨٧) لايجوز - فى مصر - رجوع الكفيل الموفى على غيره ممن كفلوا نفس الدين ، إلا إذا كانوا متضامنين جميعا فى سداده ، أو كانت كفالاتهم قد أبرمت بعقود متتالية ، وإلا فإنه لن يكون بإمكان الدائن ، أصلا ، أن يرجع على أى منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين . فالمادة / ٧٩٢ مدنى تقضى بأنه : " ١-إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم . ولايجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة . ٢ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متواليه ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم " وقارن ، فى فرنسا ، نص المادة / ٢٠٢٥ مدنى التى تجعل على العكس - الأصل عند تعدد الكفلاء لمدين واحد ومن أجل دين واحد ، أن يكون كل منهم ملزما بكل الدين . وإن خفف المشرع من وطأة هذا الحكم ، بما قرره ، فى المادة / ٢٠٢٦ لكل منهم - مالم يكن قد تنازل عن هذا الحق - أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بتقسيم الدين بينهم أولا وقصر هذا الرجوع على نسبة نصيبه فى الدين .

٨٨) هذا الفرض نادر الحدوث فى الحقيقة، ومع ذلك فقد طرح على القضاء الفرنسى فى بعض الأحيان ، راجع مثلا :
cass 5/3/1975 Bul. civ. T.1 P. 84 No 96

حيث يتساوى وضعهما تماما [89]، وينعدم كل سبب لتفضيل أحدهما على الآخر [90] ٠ مادام أن الوجه الوحيد الذى ربما قد يختلفان فيه ، هو تاريخ نشأة ضمان كل منهما ، وهو اختلاف ، ليس في القواعد العامة للكفالة مايشير إلى أن له أية أهمية فى هذا الشأن [91] ٠

٦٧) أما كيف يقسم الدين بينهما : فالبعض يرى أن يكون ذلك بنسبة عقار كل منهما إلى عقار الآخر ٠ وأساسه ، مايراه ، من أنه فى الكفالة العينية ، " العقار هو الذى يلتزم " [92] ٠

أما البعض الآخر ، فيرى ـ بشكل أكثر دقة ـ وجوب التفرقة ، فى هذا الشأن ، بين ما إذا كانت قيمة العقارين المثقلين بالضمان ، مساوية لقيمة الدين أو أكبر منه ، حيث يكون التقسيم ، عندئذ ، بالتساوى بين الكفيلين ، أو كانت قيمة أحد العقارين أو كليهما أقل من قيمة الدين حيث يقسم ، عندئذ ، هذا الأخير ، فيما يعادل منه قيمة العقار الأقل ، مناصفة بينهما ٠ أما الباقى فيتحمله الكفيل صاحب العقار الأكبر قيمة [93]

---

(٨٩) فى هذا المعنى : ميستر ، المقال السابق ص / ٣٤ بند / ٦٠ ، كايو ص / ١١٨ بند / ٨٩ ٠

(٩٠)(٩١) فى هذا المعنى : كايو ص / ١١٨ ، ١١٩ بند / ٨٩

(٩٢) راجع فى هذا الاتجاه : كايو ص / ١١٨ ، ١١٩ ، بند / ٨٩

(٩٣) راجع فى هذا الاتجاه : ميستر ، المقال السابق ص / ٣٤ بند / ٦٠

(ب) في فرض وجود كفيل شخصي مع الكفيل العيني

٦٨) وانطلاقا من تصور ، مفاده ، أن الكفلاء الشخصيين يكونون أولى بالمسئولية عن الوفاء بالدين المكفول من مجرد من يكفلونه كفالة عينية بمال من أموالهم [٩٤] ، ذهب رأي في الفقه الفرنسي ، إلى تفضيل الكفيل العيني على الكفيل الشخصي في هذا الفرض ، بحيث أنه ، إذا كان هذا الأخير هو الذي سدد الدين ، فلا رجوع له على الأول ، أما في الحالة العكسية ، فإن للكفيل العيني أن يسترد من الكفيل الشخصي كل ما أوفاه [٩٥].

٦٩) ويقترب من هذا الرأي - من حيث ماينتهي إليه هو الآخر من عدم قسمة الدين بين الكفيلين وإنما تحميله على أحدهما - ما نادى به البعض الآخر من وجوب التعويل في الفرض محل البحث ، على تاريخ نشأة كل من التأمينين . فإذا كان الرهن قد نشأ قبل الكفالة ، فإن للكفيل - وقد تعهد عندئذ معتمدا على ما للدائن من تأمين عيني يمكنه بالوفاء أن يحل محله فيه - أن يرجع بكل ما أوفاه على الراهن (الكفيل العيني) ، والعكس صحيح . أما إذا فرض وكان كل من الرهن والكفالة قد نشأ في نفس التاريخ ، فإن الكفيل العيني يفضل على الكفيل الشخصي ، لأنه " بالمنظور القانوني البحت ، وبالمنطق العملي أيضا ، فإن الكفيل الذي يتعهد شخصيا ، يكون مسئولا عن الوفاء

---

(٩٤) وأنصار هذا التصور ، يصفون مسئولية الكفلاء الشخصيين عن الوفاء بالدين ، بالمقارنة لمسئولية الكفلاء العينيين عنه ، بأنها : Plus strictement

(٩٥) رأي منسوب لـ تروبولونج ، عرضه كل من : كابو ص / ٩٧ ومابعدها بند / ٨١ ، مبستر ص / ٣٠ بند / ٥٣

بالدين ، أولى ، أو إن جاز التعبير بشكل أكثر أساسية ، من مسئولية من يتعهد بضمانه تعهدا عينيا فقط ، وبسبب المال الذى رهنه فيه" (٩٦) .

٧٠) على أن هذين الرأيين بقيا مهجورين فى الحقيقة . وأجمع الفقه تقريبا على عدم وجود ثمة سبب لتفضيل أى من الكفيلين على الآخر (٩٧) . فهما يتساويان فى المركز القانونى كمدينين تابعين (٩٨) . ولذلك يتساويان فى الحق فى الحلول . وهذا الأخير حين يثبت للموفى ، فإنه لاعبرة بتاريخ نشأة الضمان الذى يتم فيه (٩٩) . وقد عبر المشرع نفسه عن هذه المساواة ، فى فرض تعدد الكفلاء الشخصيين ، حين جعل للموفى منهم أن يرجع على الآخرين دون ما أهمية لتواريخ تعهداتهم (١٠٠) . هذا إلى أن نموذج تعهد كل كفيل فى علاقته بالدائن ، إنما يخصه فى الحقيقة وحده، ولايعنى الكفلاء الآخرين فاذا ما تعدد كفلاء ، تعهدوا بالضمان بطرائق مختلفة

---

(٩٦) رأى منسوب لـ : بون و ماركاديه ، عرضه كايو ص / ١١٠ بند / ٨٥ .

(٩٧) راجع الفقه المشار إليه فى الهوامش التالية . كما يُفهم هذا الاتجاه ضمنا من كتابات الشراح المصريين ، أنظر مثلا : د . السنهورى ص / ٢١٠ بند / ٨١ ، د . محمد كامل مرسى ص / ١٣٤ بند / ١١٣ ، د . محمد على إمام ص / ١٦٦ بند / ٩٦ ، د . محمود جمال الدين ص / ١٤١ بند / ٧٠

(٩٨) فى هذا المعنى : ميستر ص / ٣٠ ، ٣١ بند / ٥٤

(٩٩) وتعبيرا عن هذا المعنى يقول البعض ، إن التواريخ الخاصة بالتعهدات ـ وهى لاتغير فى شىء من وضع الكفلاء ـ يجب أن تظل بلا أثر . راجع ميستر ص / ٣١ بند / ٥٤ .

(١٠٠) فى هذا المعنى : كايو ص / ١١١ ، ١١٢ بند / ٨٥ ، ميستر ص / ٣١ بند / ٥٤

" بان الرجوع فيما بينهم ، ونصيب كل منهم ، في الدين ، لايتوقف على عددهم ، شيئين أو شخصين ، فليس مايوجب أي تدرج بينهم (١٠١)(١٠٢)

٧١) لكن التساؤل كان يبقى، بعد ذلك ، عن كيفية تحديد نسبة مايجب أن يتحمله كل من هذين الكفيلين المتساويين في المركز ، في الدين المكفول

٧٢) وفي هذا الشأن ، قال البعض ، في البداية ، بتقسيم هذا الدين ، وفي كل الأحوال ، بالتساوي بينهما ، أي مناصفة ، وذلك دون ما أهمية لقيمة المال المرهون بالمقارنة للدين المكفول (وهل هي أكبر منه ، أو على الأقل مساوية له ، او هي أقل منه) (١٠٣) ، لأن كلا من الكفيلين قد ضمن المدين في مواجهة الدائن تماما كما ضمنه الآخر " ومتى كان ذلك ، فإنه لا شيء يبرر أثر ، جعل مساهمتهما في الدين غير متساوية ، من جعل مساهمة كفيلين

---

(١٠١) جروا بند / ٣٥ ، وفي نفس المعنى ، ميستر بند / ٥٢ ومابعده ،
SIMLER(ph) : j.cl.civ. art 2028-2033 Fasc D No 203
Toulouse 27/12/1911 D 1913-2-65 et note
DUNNEDIEU de VABRES .

(١٠٢) ويبرر البعض ، في مصر ، رجوع أي من الكفيلين ، أوفى ، على الآخر ، بنسبة نصيبه في الدين ، بأن " كلا منهما قد اعتمد في كفالته للمدين على وجود الآخر " راجع د • محمود جمال الدين ذكي ص / ١٤١ بند / ٧٠

(١٠٣) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لاموراندير ، المرجع السابق ص / ٨٢٦ بند / ٩٨٧ ، وانظر أيضا استئناف تولوز في ١٩١١/١٢/٢٧ سابق الاشارة وتعليق دونيديبيه دي فابر •

شخصيين ، ثروتهما غير متساوية ، بشكل غير متساو أيضا "(١٠٤)

وطبيعي أن يكون مثل هذا التصور عرضة للنقد ، فهو يقوم على تناسي الفارق ، إذ الكفيل الشخصي يضمن الدين بذمته المالية ، بينما يقصد الكفيل العيني - على العكس - ألا يكون مسئولا إلا في حدود المال الذي رهنه فيه ، ويظهر هذا الفارق بشكل واضح ، في حالة الوفاء الجزئي فالكفيل الشخصي ، حين يسدد جزءا من الدين ، يظل مسئولا ، عن الباقي في أمواله المستقبلة ، فيما تنقضي الكفالة العينية ، نهائيا ، ومن ثم تبرأ ذمة الكفيل ، بالتنفيذ على المال المرهون ، بصرف النظر عما إذا كانت حصيلة بيعه قد غطت ، أم لم تغط ، كلية الدين (١٠٥) .

٧٣) لذلك يتجه الرأي السائد في الفقه ، إلى قصر القسمة بالتساوي بين الكفيلين ، على الفرض الذي تكون فيه قيمة المال المرهون أكبر من الدين أو على الأقل مساوية له ، إذ تكون مسئولية الكفيل العيني ، عندئذ ، بمقدار مسئولية الكفيل الشخصي (١٠٦) .

---

(١٠٤) " Ces fonds répondent tous également de la dette principale á l'égarde du créancier, et dés lors il n'ya pas plus de raison pour les faire contribuer inégalement entre eux du paiement de cette dette, qu' il n'y en aurait de faire contribuer inégalement au paiement de la dette cautionnée deux cautions personnelles de fortune inégale" .

بونسو ، أشار إليه كابو ص / ١٠٩ بند / ٨٥ ، كما أشار إليه ميستر ص / ٣١ بند / ٥٥

(١٠٥) في هذا المعنى : كابيو ص / ١٠٩ ، ١١٠ بند / ٨٥

(١٠٦) د . السنهوري ص / ٢١٠ بند / ٨١

اما إذا كانت نسبته أقل من قيمة الدين ، فإن حصة الكفيل العينـــــى تحدد أي تحسب بنسبة هذه القيمة إلى قيمة الدين (١٠٧) مثال ذلك : أن يكون الدين المكفول ١٢٠ ألف جنيه . والمال المرهون ضمانا له من قبـــل الكفيل العيني قيمته ٦٠ الف . عند ئذ تكون قيمة المال المرهون نصـف قيمة الدين . وبالتالي لا يتحمل الكفيل العيني إلا نصف ما يتحمله الكفيل الشخصي . فيكون على الأول ٤٠ الف ، وعلى الثاني ٨٠ ألف جنيه .

٧٤) وقد ظهر ، موءخرا ، رأى في الفقه ، نميل إليه ، يذهب إلى وجـــوب التسوية بين الكفيلين ومن ثم التقسيم بينهما مناصفة ، فيما يعادل من الدين قيمة المال المرهون ، أما ما يتبقى منه فيتحمله الكفيل الشخصـي وحده (١٠٨) . ففي المثال السابق ، يوزع من الدين ٦٠ الف جنيه مناصفـة على كل من الكفيلين ، ليتحمل الكفيل الشخصي وحده الباقي من الديـــن وهو ٦٠ الف . فتكون النتيجة النهائية : ٣٠ ألف يتحملها الكفيـــل العيني ، ٩٠ ألف يتحملها الكفيل الشخصي .

٧٥) هذا ويرى .. في هذا الموضع ، بعض أنصار الاقتراب بين كل من نوعي الكفالة أنه حتى عندما يتحمل الكفيل العيني حصة من الدين أقل من حصة الكفيل

---

(١٠٧) في هذا المعنى : كابو ص / ١١٢ بند / ٨٥ ، والفقه العديد المشار اليه في ميستر ص / ٣١ بند / ٥٥ هامش / ١٣٦ ، وفي مصر : د . السنهـــوري ص / ٢١٠ بند / ٨١ . د . محمد كامل مرسي ، ص / ١٣٤ بند / ١١٣ ، د . محمود جمال الدين زكي ص / ١٤١ بند / ٧٠ ، د . محمد لبيـــب شنب دروس في التأمينات العينية والشخصية ١٩٧٣ ص / ٣٧٢ بند / ٣١٦

(١٠٨) في هذا المعنى : ميستر ص / ٣٢ بند / ٥٦

الشخصى لأن قيمة المال المرهون كانت أقل من قيمة الدين ، لايكون هناك من فارق بين نوعي الكفالة ، لأن الكفالة العينية - فى مثل هذا الفرض - تتحلل ، في العلاقة بين الضامنين ، ككفالة جزئية - وتظل طبيعتها بلا أهمية . ولذلك تحدد نسبة مساهمة الكفيل العيني في هذه الحالة طبقا لنفس القواعد التي تحدد نسبة مساهمة الكفيل الجزئي ، حين يتعدد الكفلاء الشخصيون ، ويكون بينهم كفيل جزئي فقط (١٠٩) .

---

(١٠٩) في هذا المعنى : جروا بند / ٣٥ ، وفي نفس المعنى تقريبا مورلون حيث يقول ، أن العقار في هذه الحالة سوف يعتبر ككفيل لم يضمن إلا حصة من الدين . أشار اليه كايو ص /١٠٨ بند / ٨٥

الفصل الثاني

أحكام الكفالة العينية

من خلال النظرة المزدوجة ، المتزامنة ، والمقربة ، لأحكام كل من الرهن والكفالة معا

تمهيد : تنوع العلاقات التي توجدها الكفالة العينية ، بين أحكام الرهن وأحكام الكفالة ، تقسيم .

٧٦) ذكرنا أنه لا يكفي ، لاستجلاء كل خصوصيات أحكام الكفالة العينية مجرد النظر إليها من خلال أحكام كل من الكفالة والرهن على استقلال ، وإنما يتعين أيضا - انطلاقا من حقيقة اجتماع كل من جهتي الكفالة والرهن فيها ، مواجهتها من خلال نظرة مزدوجة ، متزامنة ، ومقربة ، لأحكام كل من هذين النظامين .

وسوف يتبين من هذه النظرة ، أن الكفالة العينية تُوجِد بين أحكام الرهن والكفالة ، نوعين من العلاقات : علاقات توافق ومن ثم إمكان تكامل ، من ناحية ، وعلاقات تعارض ، يستوجب الترجيح ، من ناحية أخرى .

ونخصص لكل من نوعي العلاقات هذين ، مبحثا مستقلا :

المبحث الأول

علاقات التوافق والتكامل

المقصود بهذه العلاقات ، ومدلول التكامل .

٧٧) يختلف - بداهة - التنظيم القانوني للكفالة ، كتأمين شخصي ، عن التنظيم القانوني للرهن ، كتأمين عيني ، لكن ذلك لايمنع من إمكان أن يتكامل على رأس الكفالة العينية ، جانب من أحكام هذين التنظيمين . فيطبق - من ثم - عليها من أحكام الكفالة الشخصية كل ما لايتعارض مع فكرة الرهن ، في نفس الوقت الذي يطبق عليها فيه من أحكام الرهن بدوره كل مالا يتعارض وفكرة الكفالة الشخصية . مادامت هذه الأحكام وتلك يمكن جمعها ، أو بتعبير أدق ، تكاملها ، دون تنافر أو تعارض بينها .

وليس في ذلك - حقيقة - إلا إعمالا لأرادة المتعاقدين الضمنية . فهما ، باختيارهما هذا النوع المركب من التأمينات ، يكونان في الواقع قد قصدا إلى هذه النتيجة (١) .

مظاهره (أمثلة) :

(أ) الكفيل العيني ، وما للكفيل الشخصي من حق الرجوع على المدين بدعوى الحلول (إحالة)

٧٨) فالكفيل العيني ، إذا ما أوفى الدين ، أو نفذ به على عقاره المرهون ، يكون له نفس حق الكفيل الشخصي ، الموفي ، في الحلول ، المقرر

---

(١) أو كما عبر البعض

"puisque les deux parties ont entendu jouer sur le double registre de l'hypothéque ou du gage et du cautionnement" . GRUA No. 39

من احد بالمادة / ٧٩٩ مدنى مصرى [٢] ، إذ لاشيء فى فكرة الرهن يتعارض

وسلهذا الحق . وقد سبق بيان ذلك ومبرراته [٣] .

(ب) الكفالة العينية المقدمة من التاجر فى فترة الريبة ، تعتبر ، كالكفالة ، من قبيل أعمال التبرعات .

٧٩) كذلك بات من المسلم به ، أن الكفالة العينية التى يقدمها التاجر فى فترة الريبة ، إنما تقع ، ككفالة ، تحت طائل الفقرة الأولى من المادة / ٢٢٧ من قانون التجارة المصرى [٤] ، بحسبانها من قبيل أعمال التبرعات فى معنى هذه المادة . ومن ثم فإنها تكون باطلة بطلانا

---

(٢) هذا الحق الذى يمكن أن يجد سنده أيضا فى القواعد العامة ، م / ٣٢٦ مدنى وفى نفس المعنى نص المادة / ١٢٥١ ـ ٣ مدنى فرنسى .

(٣) فى هذا المعنى : جروا بند / ٤١ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لذلك :
cass 23/11/1954 Bul. civ. T.1 P.339 No 331

(٤) وهى تقضى بأنه :
" إذا حصل من المدين بعد الوقت الذى عينته المحكمه أنه وقت وقوفه عن دفع الديون ، أو فى ظرف الأيام العشرة التى قبله ، عقد تبرع ، بنقل ملكية منقول أو عقار ، أو إذا وفى دينا لم يحل أجله بنقود أو بحوالة أو ببيع أو بتخصيص مقابل للوفاء أو بمقاصة أو بغير ذلك ، فيكون جميع ما أجراه من هذا القبيل لاغيا لا يعتد به بالنسبة لروكية المدانيين وكذلك كل دين حل ميعاده ودفعه بغير نقود ولا أوراق تجارية " ويقابلها فى فرنسا نص المادة / ٢٩ من قانون ١٣ يوليه ١٩٦٧ .

وجوبيا [5] ، حين أن " إنشاء التأمينات العينية هو، بصفة عامة ، من قبيل أعمال المعاوضات [6] .

على أن يلاحظ ، في هذا الشأن ، أن الذى ببطل ، وجوبا ، هنا ، إنما هو الكفالة العينية ، بمعنى الرهن الذى قدمه التاجر نفسه ، في فترة الريبة ، على مال من أمواله هو [7] ، ضمانا لدين على غيره . أما الكفالة العينية التى يقدمها أحد الأغيار ، برهن مال من أمواله ، ضمانا لدين على التاجر ، الذى أفلس فيما بعد ، فإنها تخرج من إطار المادة / ٢٢٧ سابقة الاشارة ، ولا تتناولها ، بالذات الفقرة الثانية منها [8] . ومن ثم فإنها لاتكون باطلة [9] . حتى ولو تكانت قد قدمت فى فترة الريبة فى هذا التاجر أو فى الأيام العشرة السابقة عليها . وحتى أيضا ولو كان الدين ، الذى قدمت ضمانا له ، سابقا على تقديمها ، وذلك لأن مجموع دائنى التاجر المفلس لن يصيبه ضرر منها . فالرهن ، بالفرض ، لم يقع

(٥) راجع في هذا المعنى ، د . على البارودى ، القانون التجارى ١٩٧٥ ص / ٥٨٨ بند / ٤٧٦ ، د . مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الأوراق التجارية والإفلاس ١٩٨٥ ، ص / ٤١٥ بند / ٤٦٧ ، وضمنا د . محسن شفيق ، الوجيز في القانون التجارى ٦٨ ـ ١٩٦٩ ص / ٥١٩ بند /٦٤١ ، د . محمد على صالح شرح القانون التجارى ، الإفلاس ج/ ٤ ط / ٥ ١٩٤٣ ص /٧٣ بند / ٦٨ ، وفى فرنسا : جروا بند/ ٤٠ ، وهو يؤكد (فى هامش / ٥٥) أن القضاء الفرنسي يعتبر الكفالة ، من حيث المبدأ ككل أعمال التبرعات في حكم المادة / ٢٩ من قانون ١٣ يولية ١٩٦٧ .

(٦) جروا بند / ٤١

(٧) راجع ، من تطبيقات القضاء المصرى ، لبطلان الرهن الذى يرتبه المدين فى فترة الريبة : نقض ٧١/٦/٢٤ المجموعة السنة ٢٢ ص/٨٣٤ رقم/١٣٦ ،

(٨) وهى تقضى بأنه" ويكون أيضا لاغيا ولايعتد به ، كل رهن عقار من عقارات المدين أو منقول من منقولاته .... إذا حصل ذلك فى المواعيد المذكورة آنفا لوفاء ديون استدانها المدين قبل تلك المواعيد "

(٩) راجع فى هذا المعنى : د . البارودى ، المرجع السابق ص / ٥٩١ هامش /٣ وكذلك الفقه المشار إليه فى الهوامش التالية .

على شئ من مال مدينهم (التاجر) ، ولن يترتب عليه أن يُفضّل الدائن المكفول ، على أحدهم ، في الاستيلاء على ثمن شئ من مال هذا المدين (١٠) .

" نعم إن الكفيل العيني له أن يرجع على المدين بقيمة ما ضاع من ثمن عقاره أو منقوله في وفاء دين هذا الأخير ، ولكنه إنما يرجع كدائن عادي ، يشترك مع بقية الدائنين في قسمة الغرماء بدلا من الدائن الأصلي. وسيان عند التفليسة أن يكون الذي يحقق دينه فيها هو الدائن الأصلي أو الكفيل العيني (١١) "

(ج) في الشركات ، لاتدخل الكفالة العينية ضمن الأعمال التي تعتبر من قبيل الاختصاص العادي لأجهزة الإدارة :

٨٠) كذلك فإنه في الشركات - وعلى الرغم من أن إنشاء التأمينات العينية يعتبر من قبيل الأعمال التي تدخل ضمن الاختصاص العادي لأجهزة الادارة - فإن الكفالة العينية ، كالكفالة الشخصية ، لاتدخل في هذا النوع من الاختصاص ، وتخضع لما تخضع له هذه الأخيرة من القيود في هذا الشأن (١٢) .

---

(١٠) في هذا المعنى : د . محسن شفيق ص / ٥٢٨ بند / ٦٥٣ ، د . على الزيني أصول القانون التجاري ج / ٣ (الافلاس) ص ٣٩٧ / ٣٩٨ بند / ٣٢٧ ، وضمنا : نقض ١٩٧١/٦/٢٤ سابق الاشارة

(١١) د . على الزيني ص / ٣٩٨ بند / ٣٢٧

(١٢) في هذا المعنى : جروا بند / ٤١ ، وضمنا نقض مصري ١٩٨٠/١/١٥ المجموعة السنة ٣٢ (ع/١) ص / ١٧١ رقم / ٣٧ (وإذا كانت المحكمة ، في هذا الحكم ، قد اعتبرت الكفالة من قبيل أعمال الإدارة التي تدخل من ثم في سلطة مدير الشركة ، فلأن هذا الأخير لم يكن ، بها ، قد التزم ككفيل متضامن فيما ل الشركة ، وإنما انصب التزامه على الوفاء بدين في ذمة أحد الشركاء مما يستحق قبل الشركة من أرباح ، دون أن يمس هذا الالتزام مال الشركة المستقل ، مما لايعتبر تبرعا بل عملا من أعمال الإدارة ، شأنه شأن أداء حصة كل شريك في الأرباح) .

(د) الكفالة العينية الواردة على مال من الأموال المشتركة بين الزوجين ، فى القانون الفرنسى ، تخضع ، كالتأمينات العينية ، لقيد اتفاقهما المشترك .

٨١) وبالمقابلة ، فإنه فيما يتعلق بنظام الاشتراك القانونى فى الأموال بين الزوجين (١٣) فى القانون الفرنسى ، إذا كان القضاء هناك يخرج الكفالة الشخصية من النطاق الذى تلزم فيه الإدارة المشتركة ، بحسبانها (أى هذه الكفالة) ، فى نظره ، ليست من قبيل أعمال التبرعات بالمعنى المقصود فى المادة / ١٤٢٢ مدنى (١٤) ، وهو مايعنى أن يسع الزوج أن يقدمها بمفرده (١٥) (أى دون حاجة لموافقة زوجته) فإن اتفاق الزوجين ، تماما كما تشترطه المادة / ١٤٢٤ فيما يتعلق بإنشاء أى تأمين عينى على أموالهما المشتركة (١٦) يظل ، على العكس ، أمرا ضروريا من أجل تقديم كفالة عينية على أى مال من هذه الأموال (١٧) .

---

(١٣) la communauté légale

(١٤) وهى تقضى بأنه :
" le mari ne peut..... disposer entre vifs, á titre gratuit, de biens de la communauté, sans le consentement de la femme "

(١٥) فى هذا الاتجاه : نقض فرنسى ١٩٧٣/١١/٢١ ، ١٩٧٨/٧/١١ أشار إليهما جروا بند / ٤١ هامش / ٥٦ .

(١٦) وهى تقضى بأنه :
" le mari ne peut, sans le consentement de la femme, ... ou grever de droits reels les... et ..... dépendant de la communauté "

(١٧) فى هذا المعنى : جروا بند / ٤١ ، وراجع كايو ص / ٤٦ بند / ٣٥ حيث يرى أن المرأة المتزوجة بنظام انفصال الأموال لاتستطيع أن تنشىء كفالة عينية دون إذن من زوجها أو من القضاء .

(ه) بطلان عقد الكفالة العينية ، ككفالة ، يستتبع بطلانه كرهن والعكس . (الكفالة العينية الباطلة لا تتحول إلى مجرد كفالة أو تأمين عيني) .

٨٢) وينبغي في هذا الموضع وجوب الاشارة إلى أن وجود كل من جهتي الكفالة والرهن ، في الكفالة العينية ، يوجد على رأس هذه الأخيرة نوعا من الارتباط بين هذين النظامين يصل ، في نظر البعض ، إلى درجة عدم القابلية للانقسام ، حيث لايوجد كل منهما ، على حد تعبيره ، إلا بواسطة الآخر (١٨) . وهو مايستتبع القول بأن العقد بين الدائن والكفيل العيني إذا ما كان باطلا لأى سبب ، ككفالة ، فإنه سيكون باطلا أيضا كرهن ، والعكس بالعكس " فالكفالة العينية لاتتحول ، على الإطلاق إلى مجرد كفالة (شخصية) أو مجرد تأمين عيني . إنها لاتكون كذلك (أى كفالة عينية) إلا إذا كانت الإثنين معا . إن قانون كل منهما يمكن أن يضاف إلى قانون الآخر ، لكن المجموع يكون باطلا إذا كان أحد مفرداته باطلا (١٩) » .

٨٣) وهكذا فإنه لايمكن أن تطبق على عقد الكفالة العينية الباطل ، فكرة ، أو نظرية ، تحول العقد ، المنصوص عليها بالمادة / ١٤٤ مدنى مصرى ؛ لأن أحد الشروط الجوهرية للقول بتحول الكفالة العينية الباطلة إلى مجرد رهن صحيح أو كفالة شخصية صحيحة ، هو - طبقا لهذا النص أن يتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

---

(١٨)،(١٩) جروا بند / ٤٢

والمؤكد أن نية الكفيل العيني بالذات لم تكن لتنصرف إلى مجرد هذا العقد أو ذاك . فالكفيل العيني ليس مدينا راهنا ، وإنما هو كفيل راهن ، يعرف - حين ضمن دين المدين - أن مسئوليته عن هذا الدين هي مجرد مسئولية تبعية . وهو في نفس الوقت لم يقصد أن تتعدى مسئوليته هذه ، بهذه الكفالة ، قيمة المال الذي رهنه .

لذلك نعتقد بأن محكمة استئناف باريس ، لم يكن قضاؤها التوفيق في حكمها الصادر في ١٩٧٩/١٠/٢٩ ، حين رأت إمكان تحول الكفالة العينية الباطلة ، لبطلان جهة الرهن فيها ، إلى كفالة شخصية محددة ، لايكون الكفيل فيها مسئولا إلا في حدود قيمة العقار المرهون رهنا باطلا (٢٠) .

---

(٢٠) حكم غير منشور ، أشار اليه جروا هامش / ٥٧
وكان الأمر في هذه الدعوى يتعلق بشركة ، أبرمت عقد كفالة رهنية على عقار ، حين كان الرهن باطلا لانعدام عنصر الرسمية فيه . ترأت المحكمة " أن الضمان كان قد أعطى بموجب تعهد من الكفيل يشكل - في نية الطرفين جزءا لايتجزأ من هذا الضمان " واستخلصت من ذلك أن " الشركة تكون مسئولة بصفتها كفيلة . فقط بسبب أن الطرفين قد حددا باتفاقهما حدود الضمان الممنوح للدائن ، فإن هذا الاتفاق لايكون قابلا للتنفيذ إلا على العقار المقدم كضمان " .

راجع في نقد هذا الحكم ، تأسيسا على أنه إذا كان من الصحيح أن الكفالة تشكل جزءا لايتجزأ من الرهن الرسمي في هذا الفرض ، إلا أن هذا الأخير كان يشكل بدوره جزءا لايتجزأ من الكفالة . جروا الموضع سابق الاشارة .

المبحث الثانى

علاقات التعارض ، ووجوب الترجيح

٨٤) إذا كان البعض من أحكام الرهن وأحكام الكفالة يمكن أن يتكامل على رأس الكفالة العينية ، على النحو الذى بيناه ، فإن البعض الآخر منها ، على العكس ، يقع التعارض فيه ، بشكل لايسمح بالجمع بينه ، وإنما على العكس يستوجب الترجيح .

ونعرض فيما يلى لبعض أمثلة من هذه التعارضات ، ثم لموجبات ترجيح جهة الرهن بأحكامه ، على جهة الكفالة بأحكامها ، فى كفالتنا موضوع البحث .

أولا : أمثلة لبعض التعارضات :

(١) الكفالة العينية والدفوع التى يمكن أن يواجه بها الدائن (الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم) .

٨٥) بينما تجعل المادة ٢٠٢١/ مدنى فرنسى (١) ، فى باب الكفالة ، للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بتجريد المدين أولا من أمواله ، تحظر - على العكس - المادة / ٢١٧١ ، فى باب الرهن ، التمسك بهذا الدفع ضد الدائن الذى له على العقار رهن خاص (٢) ، فيثور التساؤل عن الوضع بالنسبة للكفالة العينية ، وماإذا كان للكفيل الراهن ، ككفيل ، أن

---

(١) وهى تقضى بأن : " الكفيل لايكون مسئولا بالوفاء للدائن ، إلا إذا لم يف له المدين الذى يتعين أن يُجرَّد أولا من أمواله "

(٢) فهى تقضى بأن " الدفع بالتجريد لايجوز التمسك به ضد الدائن الممتاز أو الدائن الذى له على العقار رهن خاص " .

يتمسك بمثل هذا الدفع ، أم أنه يحظر عليه ، كراهن ، أن يدفع به في مواجهة الدائن المرتهن (٣) ٠

وهذا التساؤل لايثور في مصر ، رغم أن المادة / ٧٨٨ مدني تقضي ، بدورها ، بعدم جواز الرجوع على الكفيل إلا بعد تجريد المدين (٤)(٥) ٠

فالأمر محسوم بشأنه ، إذ تحظر المادة / ١٠٥٠ صراحة على الكفيل العيني التمسك بمثل هذا الدفع ، حين تقضي بأنه : " إذا كان الراهن شخصا غير المدين ، فلايجوز ٠٠٠٠٠٠٠٠ ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين"

٨٦) كذلك يتعارض ، في فرنسا أيضا ، تعارضا واضحا ، ماتقرره المادة/ ٢٠٢٦ مدني ، في باب الكفالة / للكفيل ، من الحق في طلب التقسيم

---

(٣) راجع ، في الاتجاه المجمع عليه ، بعدم جواز تمسك الكفيل العيني بهذا الدفع : كابو ص / ٧٧ وما بعدها بند / ٦٢ ، جروا بند / ٤٣ والفقه والقضاء المشار اليهما فيه في هامشي ٥٩/٦٠ ، وفي مصر ، دكتور شمس الدين الوكيل ص / ١٨٧ بند / ٧٧ ، د ٠ محمد علي امام ص/ ٩٩ بند / ٦١ ، د ٠ محمود جمال الدين ذكي ص / ١١٣ بند / ٥٨ ، د ٠ سمير تناغو ص / ٦٩ بند / ٣٠ ٠

(٤) راجع من تطبيقات المصري للدفع بالتجريد (في الكفالة الشخصية) نقض ١٩٧٩/١٢/٦ المجموعه السنة ٣٠ (ع/٣) ص / ١٧١ رقم /٣٧٢ ٠

(٥) وبينما أن نص المادة / ٧٨٨ مدني مصري صريح في عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل أولا قبل الرجوع على المدين ، فإن البعض في الفقه الفرنسي يرى أنه عند حلول أجل الدين ، لايكون الدائن ملتزما بأن يرجع على المدين أولا ، ولا حتى بأن يعذره ، وإنما له الحق في أن يرجع مباشرة على الكفيل ، إنما يسمح القانون لهذا الأخير أن يوقف متابعة الدائن له ، بالدفع في مواجهته بالتجريد ٠راجع : كولان وكابيتان ودي لاموراندبير ، المرجع السابق ص / ٨١٩ ، ٨٢٠ بند/٩٧٩ ، والاحكام المشار اليها في نفس الموضع ، وانظر ايضا في نفس المعنى : جوسران ، المرجع السابق ص/٨٠٨ بند / ١٤٨٦ ٠

محددا بعدد الكفلاء لنفس الدين[6] مع أحد المبادئ الأساسية المسلم بها . في مجال الرهن . وهو مبدأ عدم تجزئة الرهن[7][8] .

(ب) الكفالة العينية وحدود الضمان (ملحقات الدين المضمون ، والمصروفات) .

٨٧ وبينما انه ، في باب الكفالة ، ينص المشرع ، في كل من مصر وفرنسا مراحة . على أن هذه الأخيرة تشمل " ملحقات الدين ، ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل "[9] ، فان هذه الملحقات والمصروفات لايمكن - في كل من القانونين المصرى والفرنسي، أن تكون مضمونة بالرهن الرسمي ، لسبب بسيط ، أنها لاتكون - عند ابرام العقد - قابلة للتحديد ، حين أن من المسلم به ، أن الرهن الرسمي لايكون صحيحا ، إلا إذا كان الدين المضمون به مُخَصَّصًا ، أى محددا

---

(٦) وقد اشرنا في موضع سابق ، إلى أن مثل هذا الدفع لايثور في مصر - راجع سابقا بند /٦٦ هامش/٨٧، وراجع في الدفع بالتقسيم : كولان - وكابيتان ودى لامور انديير ص / ٨٢٠ ومابعدها بند / ٩٨٠ ، وفي مثال له : ديبوى وريسير المرجع السابق ص / ١٨٢ .

(٧) راجع في هذا المبدأ : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ص / ٩٧٢ ومابعدها بند / ١١٩٢ ، وفي مصر : د. محمود جمال الدين ذكي ص / ١٦٤ ومابعدها بند / ٨٤ .
وقد ورد النص على هذا المبدأ ، صراحة ، في المادة/١٠٤١ مدنى مصرى حين قضت بأن ، كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها .

(٨) راجع في معنى عدم إمكان تمسك الكفيل العينى بهذا الدفع : كايو ص /٧٩ ومابعدها بند / ٦٣

(٩) م / ٧٨١ مدنى مصرى ، ويقابلها في فرنسا نص المادة / ٢٠١٦ مدنى

في العقد (١٠) ٠

فإذا ما كان ذلك ، بات التساؤل واردا أيضا عن الحكم في الكفالة العينية ، وما إذا كان هذا النوع من التأمينات يمتد أو لا يمتد ، ليشمل هذه الملحقات والمصروفات (١١) ٠

(ج) الكفالة العينية ووسيلة تفادى سقوط الأجل بسبب ضعف التأمينات .

٨٨) وفي فرنسا ، يتعين على المدين ، حتى يتفادى سقوط الأجل بسبب صيرورة الكفيل معسرا أن يقدم للدائن ، بمقتضى المادة / ٢٠٢٠ - ١ مدنى (١٢) ، الواردة في باب الكفالة ، كفيلا جديدا ٠ بينما يجب عليه ، في باب الرهن ، إذا هلك العقار المرهون أو ضعف ضمانه ، أن يقدم للدائن ،

---

(١٠) وقد ورد النص على شرط تخصيص الرهن ، من حيث الدين المضمون ، في المادة / ٢١٣٢ مدنى فرنسى ، التي تقضي بأن " الرهن الرسمي ، الاتفاقي لا يكون صحيحا ، إلا إذا كان المبلغ الذي من أجله أبرم ، مؤكدا ومحددا في العقد " راجع في شرح هذا النص : كولان وكابيتان ودى لامور انديير ص / ١٠٣٧ ومابعدها بند / ١٢٧٢ ، جوسران ص / ٩٠٤ بند / ١٦٨٤ ، مازو (هـ ٠ ل ٠ ج) وشاباس ص / ٢٨١ ومابعدها البنود ٢٧٤ - ٢٧٥

أما في مصر ، فلم ينص المشرع على هذا الشرط الا في المادة ١٠٤٠ بصدد الالتزامات المستقبلة او الاحتمالية ٠ وعلى ذلك ، فإن من المسلم به لدينا ، أن تخصيص الدين المضمون ، في عقد الرهن ، هو مبدأ عام ، يجب تطبيقه في كل الحالات ، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ٠ راجع في هذا المعنى : د ٠ محمود جمال الدين ذكى ص / ٢٢٤ بند / ١١٧ والفقه المشار إليه فيه هامش / ١٠

(١١) وانطلاقا من وجوب تغليب جهة الرهن على جهة الكفالة في الكفالة العينية بصدد هذه المسألة ، يرى كايو (ص ٣٦ بند / ٢٦) أن الكفالة العينية لاتمتد لهذه الملحقات والمصروفات ٠

(١٢) وهي تقضي بأنه " حينما يكون الكفيل الذي قدم للدائن " اتفاقا أو قضاء ، قد أصبح بعد ذلك معسرا ، فإنه يجب أن يقدم له غيره " ٠

التساؤل - إذا ما كان الأمر يتعلق بكفالة عينية ، وكان العقار الذى قدمه الكفيل العينى فيها قد هلك بفعل قوة قاهرة - عما إذا كان يتعين على المدين الأصلى ، حتى يتفادى سقوط الأجل ، أن يقدم كفيلا جديدا - تغليبا لجهة الكفالة فى هذا النوع من التأمين ، أم يتعين إنشاء رهن جديد تغليبا لجهة الرهن فيه (١٤)(١٥) .

(ب) الكفالة العينية برهن عقارى ، وحوالة الحق المكفول .

٨٩) من المبادىء المسلم بها فى حوالة الحق ، أن الذى ينتقل بها إلى الدائن الجديد ، هو ذات الحق الذى كان للدائن القديم (المحيل) ، بنفس أوصافه وتوابعه، وضماناته ودفوعه .

وبتطبيق هذا المبدأ ، إلى جانب ما تجيزه فى فرنسا المادة/٢٠٣٦-١ مدنى للكفيل ، من التمسك فى مواجهة الدائن ، بجميع دفوع المدين الأصلى المرتبطة بالدين ، يكون له (أى للكفيل) أن يتمسك بهذه الدفوع فى مواجهة الدائن الجديد (المحال له) . فيما لا يجيز ، بالمقابلة قانون ١٥ يوليه ١٩٧٦ الفرنسى ، الذى ينظم حوالة الحقوق المضمونة

---

(١٣) وهى تقضى بأنه" .. فى حالة ما إذا هلك العقار أو العقارات المثقلة بالرهن ، أو ضعف ، بحيث أصبح غير كاف لتأمين الدائن ، فإن بإمكان هذا الأخير إما أن يطالب بحقه فورا ، أو أن يحصل على رهن مكمل .

(١٤) وهذه المشكلة لا تثور ، فى مصر ، لأن المادة/١٠٤٨-٢، فى باب الرهن تعطى للمدين ، إذا لم يختر الوفاء بالدين فورا ، أن يقدم تأمينا كافيا" كما يجعل المادة / ٢٧٣ لكل مدين ، إذا كان ضعف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادته فيه ، أن يتفادى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن " ضمانا كافيا " ولفظة التأمين الكافى أو الضمان الكافى ، هى من العمومية بحيث تستوعب صورتى التأمين (أو الضمان) بكفالة أو التأمين (أو الضمان) برهن .

(١٥) ورأى كايو ، ليس واضحا فى الحقيقة فى هذا التعارض . فهو يقول أن من حق الدائن المرتهن عند ئذ أن يقتضى " تأمينا جديدا " (ص/٣٩ بند ٢٨) وفى موضع آخر يجعل للدائن الحقين معا : إما كفيل طبقا للمادة/ ٢٠٢٠ أو رهن آخر طبقا للمادة /٢١٣١ (ص/٦٤ بند / ٥٢).

برهون عقارية [١٦] ، للمدين ، الاحتجاج على المُحال له الحق ، بالدفوع المستمدة من العلاقات الشخصية التى كانت تربطه بالدائنين السابقين .

لذلك ، يمكن أن يثور التساؤل فى فرنسا ، عن وضع الكفيل العينى برهن عقارى ، إذا ما أحال الدائن حقه المكفول إلى دائن آخر . وما إذا كان يمكنه ، ككفيل، أن يتمسك بالدفوع التى كان بإمكان المدين أن يتمسك بها أم سيكون ذلك ممتنعا عليه بصفته راهنا ؟

(هـ) الكفالة العينية برهن عقارى ، ونظرة الميسرة .

٩٠) وطبقا للمادة / ٣٤٦ـ ٢ مدنى مصرى ، والفقرة الثانية التى أدخلها المشرع الفرنسى على المادة / ١٢٤٤ من المجموعة المدنية بقانون ٢٠ أغسطس ١٩٣٦ [١٧] ، يجوز أن يمنح القاضى للمدين ، بناء على طلبه ، أجلا قضائيا لتنفيذ التزامه، فيما يسمى فى الاصطلاح بنظرة الميسرة .

ورغم أن هذه الميزة مقررة صراحة ، فى كل من القانونين المصرى والفرنسى للمدين ، إلا أن الفقه الفرنسى يسلم بأن بإمكان الكفيل الشخصى أن يُفيد منها [١٨] ، رغم أنه لا يعتبر مدينا بالمعنى الدقيق للكلمة [١٩] .

---

(١٦) les créances hypothécaires

(١٧) راجع فى القيود التى ترد على منح هذه المهلة فى القانون الفرنسى، وشروط منحها بوجه عام
RIPERT : Le droit de ne pas payer ses dettes. D-H 1936-chr- P.57 et s.

كولان وكابيتان ودى لاموراندبيير بند ، ٤٠٨ ، ومؤلفنا : الأحكام العامة للالتزام ط / ٨٤ ـ ١٩٨٥ ص / ١٨١ هامش / ٣

(١٨) راجع مثلا : جروا بند / ٤٣
SIMLER(ph): j.cl..civ.art 2021-2027 fasc C No 4
والقضاء المشار إليه فيه

(١٩) جروا بند / ٤٣

بيد أن استعمال مثل هذه الميزة ، لايتفق - في الواقع - والقواعد الاجرائية التي يقررها قانون المرافعات في شأن التنفيذ على العقارات المرهونة (٢٠) . ومن هنا يكون التردد واردا حول ما إذا كان يجوز ، أو لايجوز ، منح مثل هذه السهلة القضائية للكفيل العيني برهن عقاري ؟

ثانيا : وجوب تغليب جهة الرهن على جهة الكفالة ، في هذا النطاق من الأحكام ، وأساسه .

(٩١) وحين يقع مثل هذا التعارض ، في أي من تطبيقاته المختلفة ، فإنه يطرح في الحقيقة مشكلة واحدة ، وهي معرفة أي من قانوني الكفالة أو الرهن ينبغي ، إذن ، تغليب حكمه فيما يتعلق بكفالتنا موضوع البحث ، وأساس هذا التغليب .

والملاحظ في هذا الشأن ، من تطبيقات القضاء الفرنسي ، حين واجه أحد فروض هذا التعارض (٢١) ، أنه اكتفى بترجيح أحكام الرهن فيه ، وطبقها بطريق القياس ، على الكفالة العينية (٢٢) ، فيما يعتبر ، في الحقيقة ، نوعا من الالتفاف فقط حول المشكلة المطروحة ، يفتقد الأساس ، إذ يبقى معه التساؤل قائما عن السبب في تفضيل قياس هذا النوع من الكفالة على الرهن بدلا من قياسها على الكفالة الشخصية حين أنها كفالة أيضا إلى جانب كونها رهن (٢٣) .

---

(٢٠) في هذا المعنى جروا بند / ٤٣ ،
VIDAL (j)note sous cass 4/2/1965 D 1965-617

(٢١) وهو الفرض الخاص بمدى حق الكفيل العيني في الدفع بالتجريد والتقديم .

(٢٢) أنظر نقض ١٩٧٩/٣/٦ أشار إليه جروا هامش /٥٩ من بند / ٤٣

(٢٣) في هذا المعنى : جروا بند / ٤٣

٩٢) ولعل مُبرِّر أو أساس ، الترجيح ، يتضح بشكل أفضل ، لو رجعنا مرة أخرى إلى ما سبق أن عرضنا له ، في التمهيد لهذا البحث ، من تفرقة بين الكفالة العينية والكفالة الشخصية المدعومة (أو المضمونة) برهن . إذ في الفرض الأخير ، لا يقف الرهن والكفالة على قدم المساواة ، وإنما تكون بينهما علاقة تدرج ، يكون الرهن فيها هو التابع للكفالة ، ما دام أن الراهن لم يضمن ، في الحقيقة ، إلا الرجوع عليه ككفيل (٢٤) بما يكون من المفهوم معه ، أن يكون تطبيق قانون الرهن ، في هذا الفرض ، مشروطا بما يسمح به قانون الكفالة . وأن يكون المرجع لهذا الأخير أيضا في رسم حدود تعهدات الراهن (٢٥) .

٩٣) بيد أن ثمة علاقة تدرج وتبعية ، لا توجد ، على العكس ، في الكفالة العينية بذاتها ، كعقد مركب ، تختلط فيه جهة الرهن بجهة الكفالة في " كل لا يتجزأ (٢٦) " يكون تابعا لالتزام أصلي هو التزام المدين (٢٧) .

ولا يمكن ، في الحقيقة ، اكتشاف تدرُّج بين هذا العنصر أو ذاك من هذا الكل يمكّن من الترجيح بينهما عند التعارض في حكمهما ، إلا فقط في نية أو إرادة الطرفين .

" بيد أن إرادة حسم التعارض" (٢٨) الذى توجِده الكفالة العينية، بين

---

(٢٤)(٢٥) جروا بند / ٤٥ ، وهو يرى - تبعا لذلك - أنه إذا ما كان هناك بضعة كفلاء يظل من الممكن الاحتجاج على الدائن بالحق في التقسيم ، مع أن قانون التأمينات العينية يستبعد مثل هذا الدفع ، لأن الرهن الرسمي يضمن ليس الدين الأصلي ، وإنما تعهد الكفيل ، وحدود هذا التعهد تتوقف على هذا التقسيم .

(٢٦)-(٢٨) جروا بند / ٤٦

كل من قانون التأمينات الشخصية وقانون التأمينات العينية ، لمصلحة الأخير " لاتجعل محلا لشك " (٢٩) ؛ فالكفالة العينية ليست ، فى قصد المتعاقدين ـ إلا " البديل لتأمين عينى (٣٠) عادى ، حين ارتضاه الدائن وإنما كان فى نيته ، فى الحقيقة ، أنه سوف يكفل له نفس الطمانينة التى كان سيجدها لو أن الرهن كان مقدما من مدينه نفسه ٠ وهذا وحده كاف ، لألا يعطل " (٣١) فى هذا النوع من الضمان ، قانون الكفالة الميزات المتعلقة بقانون التأمينات العينية " (٣٢) " بدون شك ، الكفالة العينية هى أيضا كفالة ، لكن هذا العقد (عقد الكفالة) لايكون مقصودا فيها لذاته ، إنه لايشكل جزءا من بناء " (٣٣) هذا الضمان " إلا لأنه الشكل (أو القالب) القانونى المفروض ، حينما يضع الشخص ائتمانه فى خدمة الغير ، إنه إذن ليس إلا وسيلة لا غاية ٠ وحاجة الطرفين إليه ليس إلا لوضعه فى خدمة الرهن ٠ وهما لايتقبلانه إلا فى هذه الحدود " (٣٤)(٣٥)

(تم بحمد الله)

---

(٢٩)(٣٤) جروا بند / ٤٦

(٣٥) ولعل الفقه المصرى كان ينطلق من نفس هذه المبررات أو الافكار ، حين عرض لبعض جوانب هذه التعارضات ، وبالتحديد لمدى حق الكفيل العينى فى التمسك بالتجريد ٠ فالبعض حين رفض أن يكون له هذا الحق علل ذلك بأنه " تغليب لفكرة الرهن على فكرة الكفالة ، لأن المشرع لم يشأ أن يجعل الرهن الذى يقدمه شخص آخر غير المدين ، أضعف أثرا من الرهن الذى يقدمه المدين " أنظر د ٠ سمير تناغو ص / ٦٩ بند / ٣٠ وأنظر فى تعليل آخر لهذا الرفض ، وهو أن " الغير وقد رهن ماله ضمانا لدين على آخر يعتبر قد خول الدائن سلطة التنفيذ على هذا المال حتى ولو كانت هناك أموال للمدين مرهونة فى ذات الدين " د ٠ محمد على إمام ص / ٩٩ بند / ٦١ ٠

قائمة المراجع

(اولا) بالعربيـــه :

د • حسام الدين كامل الأهواني : التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ج / ١ ط / ٨٥ ـ ١٩٨٦

د • سليمان مرقس : التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ط / ٢ ١٩٥٩

د • سمير عبدالسيد تناغو : التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٥

د • شفيق شحاته : النظرية العامة للتأمين العيني ط/ ٢ ١٩٥٣

د • شمس الدين الوكيل : الموجز في نظرية التأمينات ١٩٦٧

د • عبدالرزّاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ج / ١٠ (في التأمينات الشخصية والعينية)

د • عبدالفتاح عبدالباقي : الوسيط في التأمينات العينية ١٩٥٤

د • عبدالمنعم البدراوي : التأمينات العينية ١٩٧٣

د • عبدالمنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ١٩٦٩

د • عبدالناصر توفيق العطار : التأمينات العينية ١٩٨٠

د • على البارودي : القانون التجاري (في الأوراق التجارية ، والعقود التجارية ، وعمليات البنوك) ١٩٧٥

د • على الزيني : أصول القانون التجاري ج/ ٣ (الافلاس)

د • محســـــن شفيـــــق : الـوجيز فيالقانـون التجارى ٦٨ ـ ١٩٦٩ •

د • محمســد صــــــــالح : شرح القانون التجارى ـ الإفلاس ج/٤ ط / ٥ ١٩٤٣

د • محمد على إمـــــام : التأمينات الشخصيةوالعيبيـــة

د • محمد كامل مرســـى : التأمينات الشخصيةوالعينية ط/٣ ١٩٣٨

د • محمد لبيب شنــب : دروس فيالتأمينات العينية والشخصية ١٩٧٣

د • محمود جمال الدين ذكى : التأمينات الشخصبة والعينية ط/ ٣ ١٩٧٩

د • مصطفى كمال طــــه : القانون التجارى ، الأوراق التجارية والإفلاس ١٩٨٥ •

د • منصور مصطفى منصور : التأمينات العينيـــة ١٩٦٣

د • نعمان محمدخليل جمعه : الحقوق العينيـــة ١٩٨٥

****
****
******

(ثانيا : بالفرنسية)

1- Théses et ouvrages généraux et spéciaux

AUBRY(A) et RAU (par BARTIN) :

Cours de droit civil français. 6 éd. 1938.
To : 3 et To: 4

BAUDRY-LACANTINERIE(G)et WAHL (A):

Traité théorique et pratique de droit civil. éd. 1899. To : 21 (Des contrats aléatoires, du mandat, du coutionnement , de la transaction).

CAILLAUD (Georges):

Cautionnement réel. Thése poitiers 1897

CARBONNIER (j) :

Droit civil. éd . 1969 To: 4

CHEVALLIER(j) et BACH (L) :

Droit civil. 7 éd. 1978

COLIN(A) et CAPITANT(H) evec le concours de, de la MORANDIÈRE(M) :

Cours élémentaire de droit civil français. 8 éd. 1935 To : 2

DEMOLOMBE(C) :

Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. To:4 éd. 1872

DUPOUY(Claude) et RESSAYRE(Maurice)

précis de droit civil. To : 2 (obligations, surêtés, principaux contrats). Paris 1980

JOSSERAND(L) :

cours de droit civil positif français. 2 éd. 1933 To : 2

LAURENT (F) :

Principes de droit civil français . 4 éd. 1887 To: 28 et To : 31

MARTY (G) et RAYNAUD (P) :

Droit civil
To : 2 (1.èr v) Les obligations 1962
To : 3 (1.èr v) Les suretés , la publicité foncière 1971

MAZEAUD (H,L,et j) par CHABAS(F) :

Leçons de droit civil. To: 3 (1.èr v) 5 éd. 1977

MOULY(christian) :

Les causes d'extinction du cautionnement . paris 1979

PLANIOL(M) et RIPERT(G) par BECQUÉ(E) :

Traité pratique de droit civil français.

To : 13 (Surêtés réelles) . 2 éd. 1953

(2) Articles et notes de jurisprudence

BETANT- ROBET (S) :

La décharge de la caution par application de l'article 2037. Rev. trim. 1974 P. 307-346

CAPITANT (H):

Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin. Rev. crit. 1900 P. 156-187 et p.228 - 249

DABIN (j).

Une nouvelle définition du droit réel. Rev. trim. 1962 P. 20 - 44

DAGOT (M)

* De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution j.c.p 1973-1-doct- 2577

* note sous cass 22/5/1973 j.c.p 1973-2-17572

* la novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire. j.c.p 1975-1-doct-2693

DONNEDIEU DE VABRES :

note sous Toulouse 27/12/1911 D 1913-2-65

GRUA (F)

le cautionnement réel. j.c.p 1984-1-doct-3167

MALAURIE (ph) :

note sous com. 8/11/1972 D 1973- 753

MESTRE (j) :

la pluralité d'obligés accessoires. Rev. trim. 1981 P. 1-36

PATARIN (j) :

note sous Paris 15/10/1976 j.c.p 1977-2-18726

RÈMOND-GOUILLOUD (M):

L' influence du rapport caution- débiteur sur le contrat de cautionnement. j.c.p 1977-1-doct -2850

RIPERT

le droit de ne pas payer ses dettes. D- H 1936- chr- P. 57 et s.

SIMLER(ph)

* la renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du code civil. j.c.p 1975-1-doct- 2711
* note sous civ. 12/11/1974 et pau 31/10/1974 j.c.p 1975-2-18182
* j.cl. civ. sous Cautionnement

le cautionnement, reine éphémère des surêtés?
D 1981-chr- 129- 132

VIDAL (J):

Note Sous CIV 4/2/19[illegible] D 19[illegible] - [illegible]17

VOI[illegible]: ([illegible])

× note sous Nancy 1/3/1932 D 1933-2-1

× ,, ,, Req. 16/3/1938 D 1939-1-41

Bull.Civ	=	Bulletin des arrêts de la cour de cassation (Chambres Civiles).
D	=	Recueil Dalloz
D - H	=	Dalloz Hebdomadaire
D -i.r -	=	Dalloz- information rapide
j.cl. civ.	=	Juris-classeur de droit civil
j.c.p	=	juris-classeur périodique (la semaine juridiqe).
Rev. crit.	=	Révue critique.
Rev. trim.	=	Révue trimistrielle de droit civil
S.	=	Sirey

مقدمـــة

تمهيـــــد

تقســـــيم :

المطلب الأولــــ

أحكام الرهن التى تواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنية بحسبانه مجرد منشئ للضمان

- إمكان انطباق هذه الأحكام على الكفيل العينى ـ أمثلة :

المطلب الثانـــى

أحكام الرهن التى تواجه الطرف السلبى فى العلاقة الرهنيـــة بحسبانه منشئ ضمان ، ومدينا مسئولا شخصيا عن الدين فى آن واحـــــد

- عدم انطباق هذه الأحكام على الكفيل العينى ـ أمثلة :

المبحث الثانى

علاقات التعارض ووجوب الترجيح

« للمؤلف »

(١) نظام الزواج فى الشرائع اليهودية والمسيحية ٣٧٥ صفحة
ط / ٧٨ ـ ١٩٧٩ (الناشر دار الفكر العربى)

(٢) النظرية العامة للحـــق ٣٣٦ صفحة
ط / ١٩٧٩ (الناشر دار الفكر العربى)

(٣) سقوط الحق فى الضمان(دراسة فى عقد التأمين البرى) ٢٩٦ صفحة
ط / ١٩٨٠ (الناشر دار الفكر العربى)

(٤) الصورية بطريق التوسط (دراسة لفكرة تسخير الاشخاص فى المعامـــلات القانونية) ١١٧ صفحة
١٩٨١ (بحث على الآلة الكاتبة)

(٥) مسئولية المنتج (عن الأضرار التى تسببها منتجاته الخطرة ١٠٩ صفحة
ط / ١٩٨٣ (الناشر دار الفكر العربى)

(٦) مشكلة تعويض الضرر (الذى يسببه شخص غير محدد) ١٦٠ صفحة
ط / ١٩٨٣ (الناشر دار الفكر العربى)

(٧) الأحكام العامة للالتزام(فى القانون المدنى المصرى) ٣٨٣ صفحة
ط / ٨٤ ـ ١٩٨٥ (الناشر دار الفكر العربى)

(٨) مسئولية مهندسي ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى (دارســة مقارنة فى القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى) ٥٢٤ صفحة
ط/ ١٩٨٥ (الناشر دار الفكر العربى)

(٩) أصول الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ٢٠٠ صفحة
ط / ١٩٨٦ (الناشر دار الفكر العربى)

(١٠) التأمين ضد الأخطار التكنولوجيــة ١٩١ صفحة
ط / ١٩٨٦ (الناشر دار الفكر العربى)